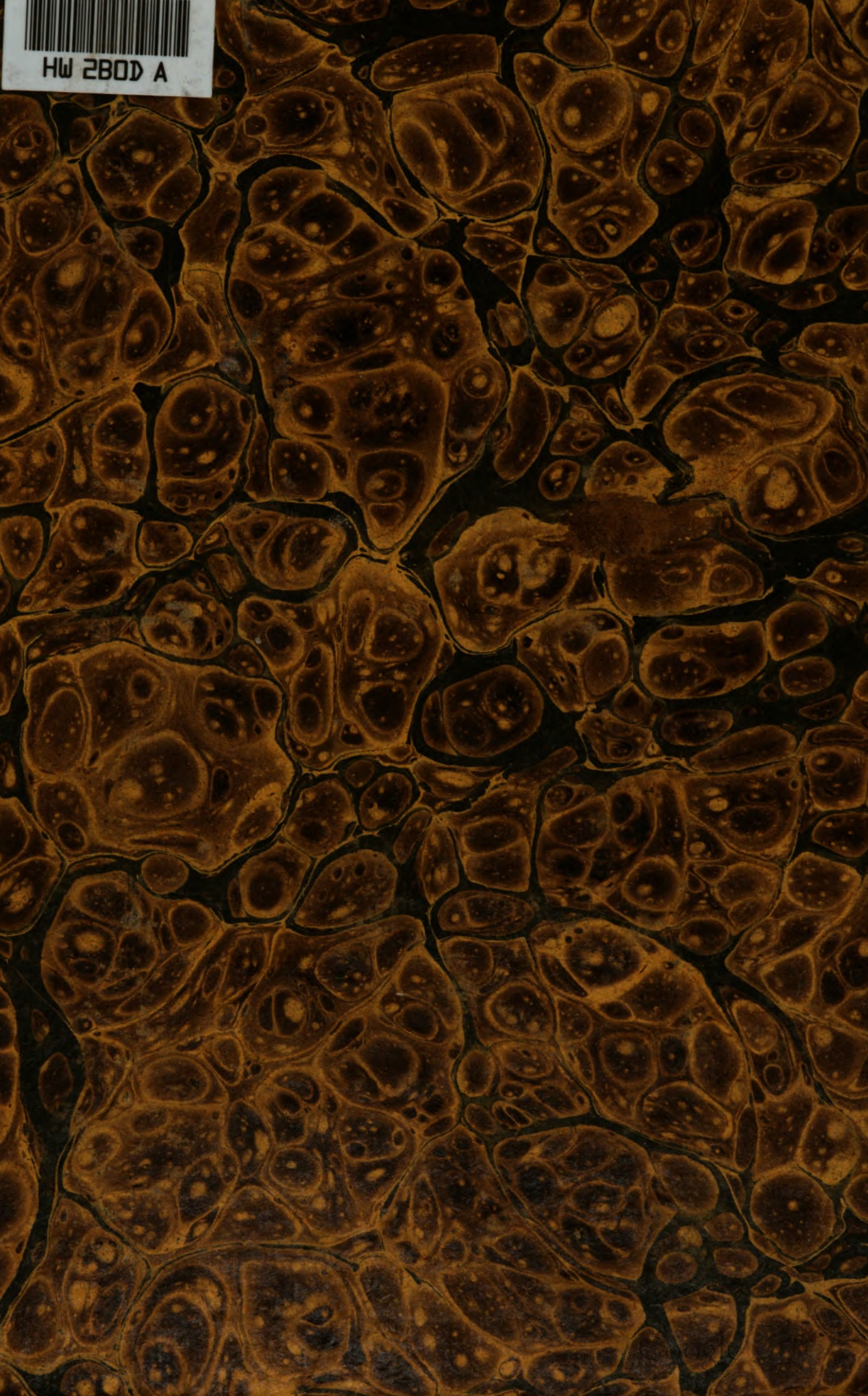



SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

Zeitschrift
für
Civilrecht und Prozeß.

Herausgegeben

von

Dr. J. T. B. Linde,

Großherzogl. Hess. Geheimem Staatsrathe im Ministerium des Innern und der Justiz, Canzler der Universität zu Gießen, und Director des Oberstudienraths zu Darmstadt.

Dr. Th. G. L. Marezoll,

Großherzogl. Hess. Ober-Appellations- und Cassations-Gerichts-Rathe und ord. öffentl. Professor des Rechts zu Gießen.

Dr. A. W. von Schröter,

Großherzogl. Mecklenburgischem Ober-Appellations-Gerichts-Rathe zu Parchim.

Zehnter Band.

Gießen 1837,
bei B. C. Ferber.

Inhalt zum zehnten Band.

I.

Nur einer Verbesserung, keiner Reform von Grund aus, bedarf die Civilrechtspflege in Deutschland.

Von

Herrn Dr. W. H. Puchta, Landrichter in Erlangen.

---

§. 1.

Wenn man jetzt diesen Satz aufstellen oder doch zum Gegenstande der Prüfung machen darf, ohne besorgen zu müssen, damit als Feind des Lichts sogleich an der Thürschwelle abgewiesen zu werden, so beweist dieses, wie mit den Zeiten die Ansichten der Menschen sich ändern. Daß alles, was unsern Nachbarn jenseits des Rheins als wesentlich zu einer guten Rechtspflege erscheint, auch uns Deutschen so erscheinen müsse, hätte man noch vor wenig Jahren kaum bezweifeln, oder doch seine Bedenken darüber laut werden zu lassen nicht wagen dürfen. Die Trennung der Gewalten im Richteramt, die Collegialität der Gerichte, das Institut der Staatsanwaltschaft, besonders aber das öffentliche und mündliche Verfahren (im Strafprozeß zugleich das Gericht der Geschwornen) — diese Grundpfeiler der Justizverfassung Frankreichs waren es, worauf auch wir einen neuen Bau unserer Gerichts- und Rechtsverfassung aufführen sollten, und wir hätten, so meinte man, nichts Eiligeres zu thun, als das — hie und da freilich der Ausbesserung sehr bedürftig gewor-

dene — Gebäude, in welchem unsere Vorfahren Jahrhunderte hindurch das Recht pflegten, bis auf den Grund niederzureißen. Dabei wollte man uns sogar überreden, es gelte nicht die Annahme ausländischer, sondern nur die Wiederaufnahme ächt vaterländischer, bloß durch das Unrecht der Zeiten uns entfremdeter Einrichtungen, und so sollten wir denn, was sich hauptsächlich aus Ordonnanzen Ludwigs XIV., aus Beschlüssen der französischen Republik und des Kaiserthums herausgebildet hatte, als altdeutsche Verfassungen gläubig hinnehmen [1]. Die Wenigen, die es wagten, — Viele blieben lieber ganz stille — sich dagegen zu erheben, oder auch nur ruhige Prüfung zu empfehlen, wurden nicht gehört, oder als Finsterlinge verrufen, und die Regierungen, die bei mehr klarer Einsicht in die Schwierigkeiten einer solchen Reform nicht rasch genug zufuhren, wurden der Lauheit oder wohl gar absichtlicher Verzögerung beschuldigt. Zwar hat sich in diesen divergirenden Ansichten der Anhänger des destructiven und der Vertheidiger des conservativen Prinzips jetzt manches berichtigt, aber ganz ausgeglichen sind die verschiedenen Meinungen keineswegs, wenn schon das vergebliche Warten auf das Eintreten der bezielten Reformen doch die Wirkung gehabt hat, daß sich das Interesse daran in seiner

1) An sich schon war das Lobpreisen namentlich der altdeutschen collegialen Gerichtsverfassung und deren Empfehlung zur Wiedereinführung, die sich mancher wohl leicht dachte, sehr unpassend. Man hat hiebei nicht bedacht, daß bei unsern Vorfahren der wesentliche Zweck jener Collegialität oder eigentlich der Schöffenverfassung die Rechtsfindung war. Jetzt, wo wir meist nach geschriebenen Gesetzen richten, kommt es nicht mehr darauf an, was gut ist, — eine der wesentlichsten Rücksichten, von denen das Schöffenurtheil ausging, — sondern was recht ist, und dieß hängt bekanntlich nicht von der Meinung und dem Zeugnisse der Richter, sondern davon ab, wiefern deren Ausspruch den bestehenden Rechten gemäß ist, die sich auf Gesetze, oder auf erwiesene rechtsbeständige Gewohnheit gründen, folglich nicht mehr, wenigstens nicht in dem Sinne unserer Altvordern, erst gefunden zu werden brauchen.

Excentricität allmählich vermindert hat und die Leidenschaften sich abgekühlt haben.

Dieß ist der jetzige Standpunkt der Reformfrage in der deutschen Justiz. Aber, es ist nicht zu verkennen, wir bedürfen einer Verbesserung und es wäre ein Unglück, wenn an die Stelle jenes übermäßigen Drängens nach Reformen eine völlige Gleichgültigkeit getreten wäre, wenn zwischen dem Umsturz alles Bestehenden und dem Beibehalten desselben in seinem unveränderten Zustande kein Mittelweg gefunden werden sollte. Wir wollen vielmehr hoffen, daß uns eine zeit- und zweckgemäße Verbesserung des Bestehenden zu Theil werde, zwar nicht eine Verbesserung nach hohlen Theorien und darnach gemachten Experimenten, aber auch nicht schlechthin und ohne weiters durch Verpflanzung exotischer Gewächse auf unsern Boden, sondern nach reifer Prüfung dessen, was wir haben, und was uns dafür werden soll. Die Institutionen unserer überrheinischen Nachbarn bieten uns — wer vermöchte dieß zu läugnen? — allerdings Material zu dieser Prüfung, und dann zur Annahme des Annehmbaren dar. Zu dieser Prüfung soll denn auch dieser Versuch einen Beitrag liefern, wobei sich jedoch bloß auf die Verfassung der Gerichte erster Instanz, in denen sich der Verfasser einheimisch befindet, beschränkt werden wird.

§. 2.

Zu den vorzüglich bemerkbaren Eigenheiten des Richteramts in Frankreich gegenüber dem deutschen gehören die mancherlei Controlen gegen mögliche Mißbräuche der Richtergewalt. Hierin zeigt sich die französische Legislation so erfinderisch, daß, wäre für die Rechtspflege nur von Seiten der Richter Gefahr zu besorgen, in der That dießfalls nichts zu wünschen übrig seyn würde. Daß die Revolution dieses Controlsystem auf das Höchste ausgebildet hat, darf nicht unerwartet seyn, da es im Geiste der Zeit, die jene Begeben-

heit herbeiführte, lag, daß man, eifersüchtig auf jede Gewalt, selbst die rechtmäßigste nicht ausgenommen, bei der Justizorganisation den Blick vorzugsweise auf die Gewalt heftete, die den Richtern anvertraut werden muß. So konnte es leicht kommen, daß über dem politischen Element das technische vernachlässigt wurde, und daß die bis zur Gespensterfurcht getriebene Besorgniß vor einer zu weiten Ausdehnung der richterlichen Befugnisse kaum noch die Rücksicht auf die Gefahren aufkommen ließ, die doch auch von Seiten der Parteien dem Zweck aller Justizverwaltung drohen. Daher noch so manches bezüglich auf den gerichtlichen Wechselverkehr der Streitenden unter einander in den französischen Procedurgesetzen vermißt wird, wodurch der unrechtlichen Willkühr der Parteien und vornehmlich ihrer Sachwalter zu begegnen wäre, gleichsam als wenn von daher für die Rechtssicherheit gar keine Gefahr zu besorgen wäre, alle dagegen nur von Seiten der, nicht in die engsten Formen eingezwängten Richtergewalt drohte, beinahe so wie in den s. g. constitutionellen Staaten das Mißtrauen in die Intelligenz und den guten Willen immer nur die Organe der Regierung, selten oder nie dagegen die, wenigstens zur Opposition gehörigen Volksvertreter zu treffen pflegt. Während daher die geringste Ueberschreitung der richterlichen Gewaltbefugnisse in den Ländern jenseits des Rheins als Gräuel erscheinen würde, fügt sich das rechtsuchende Publikum geduldig in die Tyrannei der Advokaten, die gestützt auf Rechtsverfassung und Herkommen Herren über Leben und Tod der Rechtssache ihrer Clienten sind. Die Gerichte können nur wenig zur Zügelung der parteilichen und sachwalterlichen Willkühr thun, da ihr Arm gelähmt ist. Mit Recht hat daher ein nüchterner deutscher Mann und anerkannter Sachkenner [1]) erinnert, daß bei dem französischen Prozeß der Richter gerade die Thätigkeit ein-

1) Eichhorn in der St. u. R. Geschichte IV. Th. §. 610

büße, welche ihm durch die deutschen Gesetzgebungen der neuesten Zeit mit dem sichtbarsten Erfolg überlassen worden, und daß die Vortheile des französischen Verfahrens nur in der gewinnreichen Stellung der Sachwalter gesucht würden, an welchen es auch seine eifrigsten Anhänger gefunden habe. — Es braucht kaum bemerkt zu werden, wie sehr die Vermehrung der formal gerecht und material ungerecht entschiedenen Prozesse im Gefolge einer solchen Verfassung seyn muß. Rechne man dazu noch die Häufung der Nullitäten wegen verletzter Form und damit die Vermehrung der Klippen, woran das beste Recht scheitern kann, und man darf es sich nicht befremden lassen, wenn mit der Verfolgung und Vertheidigung des Rechts vor den Gerichten beinahe die nämlichen Gefahren verbunden sind, wie mit dessen Genuß im außergerichtlichen Leben.

Wenn unter solchen Umständen die deutschen Regierungen mit der Justizreform und der Nachahmung der französischen Verfassung sich nicht übereilten, so darf man ihnen gewiß nicht den Vorwurf der Unempfänglichkeit für zeit- und zweckgemäße Verbesserungen machen, da sie in andern Zweigen des öffentlichen Wohls das Gegentheil bewiesen haben. Wir dürfen daher annehmen, daß die geringe Neigung zu der doch mit so großer Zudringlichkeit geforderten Radicalreform, und die Erscheinung, wornach sogar die hie und da anfänglich und bis zu Ende des vorigen Decenniums verspürte Geneigtheit dazu mehr oder weniger sich verloren hat, ihre guten Ursachen gehabt haben muß, sie mögen nun entweder in einem Mangel der Ueberzeugung von der Vortrefflichkeit der bezielten Institutionen, oder in einer Scheu vor den ungewissen Folgen eines Umsturzes alles Bestehenden, oder darin zu suchen seyn, daß man die Finanzkräfte der Staaten bei der Reform zu sehr in Anspruch genommen glaubte. Vielleicht haben alle diese Umstände zusammen gewirkt, besonders aber dürften wir es gerade dem letzten, oder unserer Armuth zu

verdanken haben, daß wir, abgesehen von einzelnen fragmentarischen Verbesserungen, im Ganzen noch da stehen, wo wir vor zwanzig Jahren gestanden sind. Es scheint auch nachgerade, daß wir, wenn nichts Ausserordentliches geschieht, weniger eine Totalreform unserer Justizeinrichtungen zu erwarten haben, als eine bloße Verbesserung. Ob uns diese allein genügt, das soll jetzt kürzlich näher untersucht werden, besonders in Beziehung auf die Gerichte erster Instanz; denn was unsere deutschen Obergerichte betrifft, so läßt deren Verfassung wenigstens für den Zweck der Gewalttrennung und der Collegialität ohnehin nichts oder nur wenig zu wünschen übrig.

Nach meiner 40jährigen Beobachtung, vornehmlich des Dienstes der Unter- oder erstinstanzlichen Gerichte, liegt die Ursache der Klagen über Mängel unserer Rechtspflege weder darin, daß in Deutschland die Trennung der Justiz von der Verwaltung nicht strenge, ich meine auch mit Ausdehnung auf die freiwillige Gerichtsbarkeit [1]), durchgeführt ist, noch in dem Mangel an der collegialen Verfassung der Gerichte, die in erster Instanz nur ausnahmsweise stattfindet, noch in der Entbehrung der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens, wie es die Franzosen haben, — nicht darin, sage ich, liegt die Ursache jener Klagen, sondern anderswo.

§. 3.

I. Die Trennung der Gewalten im Amte des Richters kann man sich

1) so denken, daß von dem Richteramt alles entfernt

---

1) Nur von der Trennung auch dieses Verwaltungszweigs kann hier die Rede seyn, nicht von Aufhebung jener Gewaltmengerei, die noch jetzt in manchen deutschen Ländern zu finden ist, wo auf die Schultern des Justizbeamten mit und neben der Rechtspflege beinahe die ganze innere Verwaltung in dem Amtsgebiete gelegt ist. Wo diese Einrichtung noch besteht, kann nimmermehr auch nur eine erträgliche, zu geschweigen eine gute Justiz erwartet werden.

wird, was der Rechtsmittheilung in streitigen Fällen hinderlich werden kann, also daß des Richters Function bloß in der Instruction und Entscheidung der Prozesse besteht; oder man kann in der Läuterung des Richterressorts noch einen Schritt weiter gehen und

2) die Gerichte auch in Beziehung auf das Entscheidungs-Material so setzen, daß sie mit der Hervorbringung desselben nichts zu schaffen haben, sondern ihnen bloß die Beurtheilung des gelieferten Products der Prozeßführung und hiernächst der Ausspruch darüber, was hiernach Rechtens ist, beigelegt wird, so daß sie also den Prozeß nicht instruiren, sondern bloß entscheiden. Hier, wo dem Richter jeder Einfluß auf die Darlegung des Entscheidungsstoffs, mithin auf die von den Parteien geltend zu machenden Behelfe entzogen wäre, erschiene das Richteramt in seiner reinsten Form. Allein so weit läßt sich die Isolirung des entscheidenden Richteramts höchstens bei solchen Richterbehörden treiben, die, wie Appellationsgerichte oder Schöppenstühle, nur auf geschlossene Verhandlungen sprechen, niemals da, wo erst der Prozeß instruirt werden muß, wie bei den Gerichten der ersten Instanz, oder wir müßten schlechthin die französische Procedur uns aneignen, nach welcher wirklich diese Theilnahmslosigkeit der Gerichte selbst in erster Instanz stattfindet. Denn bekanntlich weiß man von einer Prozeßinstruction im deutschen Sinne, die unter Direction des Richters erfolgt, in Frankreich, überhaupt wo die französische Justizeinrichtung besteht, nichts, weil das, was wir zu dem Verfahren in Wechselschriften rechnen, im ordentlichen Prozeß dort von Anwalt zu Anwalt außergerichtlich durch das Organ des Huissier vollführt wird; eine Einrichtung, die sich übrigens der Deutsche bei einer richtigen Einsicht in das, was den Parteien, besonders auch in Beziehung auf Wohlfeilheit und Beschleunigung, und was der Gerechtigkeit und einer von der Herrschaft der Advokaten unabhängigen Rechtspflege wahrhaft zusagt, nicht wünschen wird.

Wir haben es daher hier nur mit der Trennung ad 1, oder derjenigen Gewaltattribute zu schaffen, die nicht zur Instruction und Entscheidung streitiger Rechtssachen gehören. Es sind dieß diejenigen Angelegenheiten in der Amtsincumbenz der Richter, welche mit der Rechtspflege Verwandtschaft haben, oder nebenbei auch solche, die derselben ganz fremd und nur gelegenheitlich den Gerichtsbehörden mit übertragen sind, weil dieß nach frühern Einrichtungen in Deutschland so herkömmlich ist, und weil man diese Gegenstände nicht wohl anders unterbringen zu können glaubt, wie die Geschäfte der Polizei, der Staatswirthschaft, der Finanzen und was man sonst unter dem allgemeinen Namen der Regiminalsachen begreift.

Es ist nicht schwer einzusehen, daß jede Vermehrung der Functionen des Richters, also jede Zugabe zu derjenigen, die sein Name bezeichnet, auf doppelte Weise nachtheilig ist, theils indem dadurch seine Geschäfte vermehrt, seine Kräfte also zersplittert werden, theils durch Herbeiführung von Collisionen mit seiner Hauptobliegenheit. Indessen ist hier vor allen zu bemerken, daß von jener Häufung der Functionen, wodurch der Richter zugleich zum Administrativbeamten und Organ der öffentlichen Verwaltung oder der Regierung gemacht wird, jetzt keine Rede seyn kann und soll. Vernunft und Erfahrung haben ihr längst den Stab gebrochen, und wo dieselbe hie und da bei den Untergerichten als Ueberbleibsel einer veralteten deutschen Aemterverfassung noch besteht, wird sie hoffentlich bald vollends verschwinden. Nur über die andere Art der Cumulation, wornach den Gerichten neben der Rechtspflege in streitigen Sachen auch solche Geschäfte übertragen sind, welche die Abwendung künftiger Streitigkeiten oder *besorglicher Störungen der Rechtssicherheit* bezwecken, soll hier noch einiges erinnert werden.

§. 4.

Bekanntlich ist in Deutschland das Amt der Gerichte, wenigstens im Wirkungskreis eines Untergerichts nicht bloß ein richtendes, sondern auch ein rechtsfürsorgendes. Hiernach war demselben außer der contentiösen Gerichtsbarkeit von den ältesten Zeiten her übertragen: die Sorge für Pflegbedürftige (obervormundschaftliche Gewalt), die Verwaltung der Depositen und des Hypothekenamts mit dem Notariat, so weit dieses letztere nicht eigenen Personen anvertraut ist oder war, d. h. die Leitung der Rechtsgeschäfte der Staatsangehörigen oder die Besorgung der Gegenstände der s. g. freiwilligen Gerichtsbarkeit. Es soll hier nicht ausführlich wiederholt werden, was ich an einem andern Ort [1]) für und wider diese Einrichtung gesagt habe. Nur folgendes sey hier kürzlich hierüber bemerkt.

Es ist ohne Widerrede ein Mißstand in unserer deutschen Gerichtsverfassung, daß unsere Richter, besonders vom unterrichterlichen Ressort, bei ihrer Theilnahme an den Rechtsgeschäften ihrer Amtsanbefohlnen, bei der Besorgung der vormundschaftlichen Angelegenheiten, bei der Führung des Hypothekenbuchs rc. leicht in die Lage kommen können, wo nicht nur Pflichten mit Pflichten, sondern auch Pflichten mit Privatinteressen sich feindselig berühren, wenn der Fall eintritt, daß der Richter sein richtendes Amt in der Sache verwalten soll, in der er zuvor leitend und berathend gewirkt hat. Zwar ist derselbe keineswegs bei jedem unter seiner Mitwirkung zu Stande gekommenen Geschäft, dessen Rechtsbeständigkeit in der Folge angefochten wird, betheiligt; es müßte denn um ein Versehen in der Form sich handeln, wofür er allein verantwortlich ist. Auch habe ich a. a. O. gezeigt, daß Fälle eines Versehens, namentlich bei der Führung des Hypothekenbuchs eintreten können, wo er nicht

1) Der Dienst der deutschen Justizämter I. Theil §. 70. ff.

versucht werden kann, durch ein ungerechtes Urtheil die Haftung von sich abzuwenden, weil bei einem Fehler in der Eintragung oder Löschung einer Post er es mit Zweien zu thun hat, mit dem, der dabei zu kurz kommt, und mit dem, der dabei gewinnt; er kann also den Einen nicht begünstigen, ohne sich gegen den Andern bloß zu stellen. Ferner hängt ja auch das Schicksal eines Prozesses nicht von seiner Sentenz allein ab, und daß Fälle der Recusation eines ganzen Gerichts bei schwächer besetzten oder gar nur aus einem einzelnen Richter bestehenden Gerichten, auch abgesehen von jener Collision, öfters eintreten können, ist bekannt genug. Eben so ist die Besorgniß, daß Richterpflichten mit Privatinteressen sich kreuzen, auch da nicht gänzlich zu entfernen, wo der Richter bloß auf die streitige Rechtspflege verwiesen ist, weil er auch hier in den Fall einer Regreßpflichtigkeit gerathen und so zur Beugung des Rechts versucht werden kann, um z. B. die Folgen des bei Anlegung eines Arrestes, bei der Immission eines Gläubigers rc. begangenen Versehens von sich abzuwenden.

Bei allen dem kann man sich indessen nicht verhehlen, daß der in Frage stehende cumulirte Wirkungskreis eine Unvollkommenheit ist, da hiedurch wenigstens eine Vermehrung der Fälle herbeigeführt wird, in denen eine Collision zwischen Pflichten und Privatinteressen, oder zwischen Pflichten und Pflichten eintritt, in letzterer Beziehung z. B. zwischen der Forderung der Gerechtigkeit, wenn ein Pflegbefohlner als klagende oder beklagte Partei erscheint, auf der einen, und der Forderung der obervormundschaftlichen Fürsorge für dessen Bestes auf der andern Seite, wobei überdieß so leicht auch das persönliche Interesse des Richters als Obervormundes in Berührung kommen kann. Gestatten es daher die Umstände, den richteramtlichen von dem rechtsfürsorgenden Wirkungskreise bei unsern Gerichten erster Instanz, wo in der Regel diese Vereinigung allein noch anzutreffen ist, zu

trenne, so unterlasse man es nicht, der Rechtspflege diesen Dienst zu erweisen, und so wenigstens das Vertrauen zu derselben zu erhöhen. Auch ist es nun einmal in unsern Tagen nicht anders, als daß man das Meiste, wo nicht Alles, von Verfassungen, und wenig oder nichts von den Menschen erwartet, die sie doch vollziehen sollen, und von deren gutem oder bösem Willen das Stehen oder Fallen jener Verfassungen, wenn anders unsere Erfahrungen von der ältesten Zeit bis auf den heutigen Tag nicht trügen, hauptsächlich abhängt.

§. 5.

Aber die Aufgabe der bezielten Trennung ist keine leichte; sie findet große Schwierigkeiten, vornehmlich in dem, was so manche unserer bestausgedachten Verbesserungs-Unternehmungen hindert, in den fehlenden Mitteln dazu, und vorzugsweise soweit deren Aufbringung die Finanzkräfte unserer Staaten in Anspruch nimmt, welche zu berücksichtigen nicht umgangen werden kann, wenn man nicht so zu sagen die Rechnung ohne den Wirth machen will. Man erwäge nur folgende denkbare Auskunftsmittel, und zugleich die Schwierigkeiten ihrer Anwendung.

1) Das erste wäre die Anstellung eigener Beamten für die bemerkten nicht streitigen Angelegenheiten, also eine Vermehrung des Beamten-Personals. Aber abgesehen davon, daß diese Vermehrung nicht im Geiste der Zeit ist, in der man bald mit Recht bald mit Unrecht über zu viele Beamte klagt [1]), so würden dadurch dem Vermögen des Staats oder der Unterthanen neue Lasten aufgebürdet werden; mit der Anstellung besoldeter dem Staate, mit der Anstellung unbesoldeter

1) Der guten Beamten sind eigentlich nirgends zuviel; nur da wird über die Beamten als eine Last des Staats mit Recht geklagt, wo man deren mehr, als nöthig ist, anstellt, oder bei der Anstellung ohne strenge Auswahl zu Werke geht, daher die Zahl der bloßen Verzehrer vermehrt.

den Unterthanen, auf deren Beutel sie ihrer Subsistenz wegen angewiesen werden müßten. Mag man noch so viel reden von großen Zwecken, für die keine Mittel zu groß seyen; sind diese nicht zu erschwingen, so müssen wir eben den Zweck aufgeben, wir mögen wollen oder nicht, und uns so gut als möglich zu behelfen suchen.

2) Um der Verlegenheit der Anstellung mehrerer Beamten auszuweichen, hat man die Formirung größerer Amtsbezirke durch Zusammenwerfung der bisherigen und die Vertheilung der Geschäfte nach den getrennten Wirkungskreisen unter die schon angestellten Beamten vorgeschlagen. Auf diese Weise wäre zwar der Ausfall allenfalls zu decken, indem ein Theil der schon angestellten Beamten in diesem größern Bezirk die Geschäfte der streitigen, der andere die der nicht streitigen Gerichtsbarkeit besorgte. Dabei wäre die Arbeit der Beamten nicht vermehrt, vielleicht sogar vermindert, weil zerstreut und entfernt vom Gerichtsort wohnende Gerichtseingesessene den Dienst der Beamten weniger in Anspruch nehmen, als wenn sie dicht beisammen wohnen, und leicht zum Amtssitze kommen können. Allein gerade dieses macht den Vorschlag bedenklich, weil bei der Organisation der Justiz die Betrachtung für das Wohl der Gerichtseingehörigen die erste Stelle einnehmen muß, und eine Einrichtung, die den entfernter wohnenden Amtsanbefohlenen die Rechtshülfe erschwert, von vorn herein zweckwidrig erscheint. Nicht besser war

3) der Vorschlag zur Besorgung der nicht streitigen Rechtssachen die Gemeindeausschüsse zu verwenden, ein Surrogat, welches mit andern Surrogaten das gemein hat, daß es nur nothdürftig das Ding ist, welches es vertreten soll. Wenn man an die Stelle rechts- und geschäftserfahrner Richteramtsbeamten Personen setzt, denen es in der Regel — es ist hier vorzugsweise von der Mehrzahl der Gemeinden, den Landgemeinden die Rede — an Rechts- und Geschäfts-

Erfahrung und nicht selten an Liebe zu dem ihnen zugedachten Berufe fehlt, so ist der Erfolg leicht vorauszusehen: was bis jetzt langsam und verzögerlich zu Stande kam, wird künftig schlecht zu Stande kommen.

Wer kann auch von Leuten aus dem Bauer- und Professionistenstande mit Billigkeit erwarten, daß sie die zur zweckmäßigen Aufnahme eines Vertrags oder Testaments doch wohl erforderliche Rechtskenntniß besitzen und die hiebei anzuwendenden Cautelen kennen? Wer kann erwarten, daß Männer, denen oft ein einfacher Kassen- und Rechnungs-Schematismus so schwer eingeht, ein Hypothekenbuch zu führen im Stande seyn werden? Stelle man auch in jeder Gemeinde ein schreibgeschäftskundiges Individuum zur Assistenz an und salarire es angemessen, oder verwende dazu etwa den Gemeindeschreiber oder Schullehrer; damit wird ja doch nur die Schreiberei besorgt und zur Noth der äussern Form genügt werden, nicht dem Geschäfte selbst. So möchte denn wohl am Ende nichts weiter übrig bleiben, als eben die Richteramtsbeamten wenigstens zur Aufsicht und Controle, vielleicht selbst zur Leitung, zu Hülfe zu nehmen, wobei man sich aber wieder auf dem Standpunkte der Collisionen befände, von dessen Vermeidung man ausgegangen.

Ich verweile nicht länger bei einem Vorschlag unserer ideenreichen, aber wie es scheint an Erfahrung oft armen Zeit, dessen Unausführbarkeit sofort in die Augen leuchtet, und bemerke nur, daß, wenn uns die Kräfte, das zuerst angegebene Auskunftsmittel anzuwenden, fehlen und wir keine bessere erdenken können, als die Seite 12. 2 und 3 erwähnten, oder etwa ähnliche, es besser ist, das Alte und Gewohnte beizubehalten. Die Erfahrung hat uns einmal dessen Mängel kennen gelehrt, sie hat uns aber auch allmählig mit den Mitteln vertraut gemacht, wie wir ihnen begegnen und sie so gut, als irgend möglich ist, unschädlich machen können.

Uebrigens ist es mit den Collisionen, die aus der frag-

lichen Cumulirung der Wirkungskreise zu besorgen sind, und die in der Theorie so bedenklich erscheinen, im Leben selbst eben doch so schlimm nicht; leicht aber könnten aus der Trennung nachtheilige Folgen entstehen, besonders wenn man dabei einseitig verführe, nur das Beste der Rechtspflege in streitigen Sachen bedächte, das Schicksal der nichtstreitigen Angelegenheiten aber aus den Augen verlöre, ohne zu erwägen, daß bei letztern ein gewissenloser, ungeschickter oder träger Beamter, da er in der Regel mit den Parteien allein verkehrt, einen weit ungemessenern Spielraum vor sich hat, und ohne Rücksicht auf die Wichtigkeit dieser Angelegenheiten bezüglich auf das Wohl der Gerichtsuntergebenen, auf den Credit derselben und auf die Sicherheit des Verkehrs überhaupt. Diese Geschäfte erscheinen um so folgenreicher, da die Parteien, besonders auf dem platten Lande, lediglich der Geschicklichkeit und dem redlichen Willen eines Beamten sich anvertrauen müssen, der keiner Gegenaufsicht ausser der von ihnen selbst, also in der Regel von rechts- und geschäftsunerfahrnen Leuten, unterworfen ist, und dessen etwaige Versehen gewöhnlich erst dann zum Vorschein kommen, wenn es zu spät ist, ihnen abzuhelfen. Man kann daher behaupten, daß diese Angelegenheiten in ihren Folgen oftmals ungleich bedenklicher sind, als die meisten Prozesse, bei denen doch der Rechtsunerfahrne, wenigstens in Sachen von mehrerer Bedeutung, des Beistands eines Rechtsanwalts sich zu bedienen pflegt, was in nichtstreitigen Angelegenheiten nur nach seltenen Ausnahmen vorkommt, eben weil sie nicht streitig sind, und der Rechts- und Geschäftsunkundige hiebei nichts Bedenkliches vor sich sieht. Was aber bei dem Verfahren in Streitfällen vor dem in nichtstreitigen Sachen besonders zur Beruhigung gereicht, ist, daß man dabei noch rechtzeitig Hülfe bei einem höhern Richter finden kann; denn hier ist das Unrecht sogleich erkennbar, es kommt nicht wie bei einem aus Nachlässigkeit oder wohl gar aus bösem Willen wider

die Intention der Parteien aufgenommenen Kaufvertrag, Testament, Ehevertrag rc. erst in seinen Folgen späterhin zum Vorschein.

Um auch ohne Trennung der streitigen und nicht streitigen Angelegenheiten die Besorgniß der kritischen Collisionen zu entfernen, habe ich [1]) den Vorschlag gemacht, durch eine, ein für allemal bestimmte, Substitution eines andern Gerichts statt des verhinderten, es sey nun ein Collegialgericht erster Instanz, wenn dergleichen in der Nähe sich befindet, oder auch ein benachbartes Einzelgericht Rath zu schaffen. So würde also dem Gericht A, welches den angefochtenen Vertrag aufgenommen, das Gericht B, diesem für ähnliche Fälle das Gericht C u. s. w. zu substituiren, und die streitig gewordene Sache dort anzubringen seyn. Diese Einrichtung, wornach eine Substitution schon zum voraus angeordnet wäre, hätte den Vortheil, daß jede Partei den für einen solchen Fall eintretenden Richter schon vorher wüßte, und daß somit das Gehässige eines willkührlich zu bestimmenden Commissionsrichters wegfiele. Durch die Alternation unter mehreren Gerichten wäre auch der einseitigen Ueberbürdung, dadurch aber, daß nicht eine gegenseitige Substitution eintritt, der Besorgniß einer Vereitelung der Maßregel durch ein etwa sich ausbildendes Reciprocitäts-System vorgebeugt. Man braucht übrigens die Series der Substitutionen, wie sich von selbst versteht, nicht durch ein ganzes Land auszudehnen, sondern es ist schon genug, wenn dem Justizamt zu A das zu B, diesem das zu C und diesem wieder das zu A substituirt wird.

§. 6.

So wie wir bei der Frage über die Trennung der Justiz von der Verwaltung uns gestehen mußten, daß, um das

1) In meiner Schrift: Der Dienst des deutschen Justizämter I. Th. §. 72.

Bessere uns zuzueignen, mehr gefordert wird, als die Ueberzeugung, daß es das Bessere sey, so gilt dieses auch

II. von der als zweites Erforderniß einer zweckmäßigen Gerichtsverfassung uns so oftmals empfohlenen Collegialität für die Gerichte erster Instanz; denn von diesen ist hier allein die Rede, da es in den obern Gerichtsstufen ohnehin allenthalben nur collegialisch besetzte Richterämter gibt, während bis jetzt in dem größten Theile von Deutschland bei den Unter- oder Erstinstanz-Gerichten das Einzelgerichts- oder Büreau-System gewöhnlich war. Bloß die Untergerichte in den großen Städten machten hievon eine Ausnahme, was jedoch unbedingt für einen Beweis der Vorzüglichkeit der Collegialverfassung so wenig, als für eine absichtliche Begünstigung der Städter vor den Landbewohnern gelten kann, wie mancher schon geglaubt hat. Denn der Grund dieser Verschiedenheit des Organismus der städtischen vor den übrigen Untergerichten liegt zunächst und hauptsächlich in dem größern Geschäftsumfange der erstern, so wie dieser in der dichter beisammen wohnenden, daher in steter Berührung stehenden Masse der Gerichtseingesessenen, in dem lebhaftern, auch in der Regel wichtigern Verkehr derselben, und somit in den häufigern Veranlassungen zu Streitigkeiten. Dieß macht die Anstellung einer größern Zahl von Richterpersonen nothwendig, die denn, weil man nur Ein Gericht organisiren will, nicht einzeln und isolirt, sondern im Verein als Corpus thätig sind, was folglich die Einführung der nun einmal als vorzüglicher anerkannten collegialen Verfassung begünstigt und eigentlich von selbst mit sich bringt. Es bedarf im übrigen gar nicht der Berufung auf das Beispiel dieser größern Gerichte, um für die Vorzüglichkeit des Collegialsystems einen Beweis zu führen, da dafür in dem Wesen und Zweck der Rechtspflege selbst Gründe genug [1]) liegen, die nun etwas

1) Ueber die Gründe für und wider beiderlei Systeme vergleiche man un-

näher betrachtet werden sollen, ohne daß man sich übrigens hiebei von einer s. g. gemeinen Meinung, oder von dem, was man Ansichten des Volks nennt, oder durch die bloße Mehrheit der Stimmen bestechen lassen will [1]).

§. 7.

Wenn wir die Menschen nehmen, wie sie gewöhnlich sind, nicht wie sie sich nach Ausnahmen uns darstellen, so werden wir auch nicht versucht werden, weil unter unsern Einzelrichtern Männer sich finden, die durch Kenntnisse und praktische Erfahrungen, so wie durch ihre Gesinnung sich auszeichnen, aus solchen einzelnen Erscheinungen einen allgemeinen Schluß zu ziehen. Wir werden vielmehr dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nach annehmen, daß die Mehrzahl unserer Richter nicht zu dieser Höhe der Geistes- und Willenskraft sich erhebt, und so werden denn auch die Recht-

---

ter andern Archiv f. c. Pr. Bd. X. S. 97. XIII. S. 48. XIV. S. 398. XVIII. S. 119.

1) Man hat für den Beschluß einer deutschen landständischen Kammer auf Einführung der Collegialität auch bei den Untergerichten angeführt, „daß nicht bloß Juristen, sondern Staatsbürger aus allen Classen der Gesellschaft Antheil an der Discussion genommen, und daß so die Ansicht des Volks, so wie die Interessen der Rechtsuchenden geeignet zur Sprache gebracht und abgewogen worden wären." (Archiv XVIII. Seite 119.) Aber man weiß aus der Erfahrung der neueren Zeit nur zu gut, daß gerade Nichtjuristen zu den heftigsten Reformern der Justizverwaltung gehören, und daß namentlich über die Nothwendigkeit der Einführung der französischen Gerichtsverfassung und Prozeßordnung in und außer landständischen Versammlungen niemand mit mehr Zuversicht geschrieben und gesprochen hat, als Männer, die entweder keine Rechtsverständige sind, oder doch nur für Juristen ihrem Amtsberufe nach passiren. Und doch kann die Stimme eines einzigen bewährten Juristen über Gegenstände der Justizgesetzgebung (vorausgesetzt, daß er seine Meinung offen ausspricht, nicht von dem Miasma der popularis aura angesteckt ist,) mehr gelten, als die Stimmen eines ganzen Alphabets von Nichtjuristen. Oder sollte etwa auch hier die Intelligenz nicht bei einem Einzelnen zu suchen seyn, sondern nur in dem Verein in corpore liegen?

suchenden zu den sittlichen und scientiven Eigenschaften eines Einzelnen nur ausnahmsweise das Vertrauen fassen, daß er ihnen eben so unparteiisch und gründlich Justiz pflegen werde, als wenn ihre Sache der rechtlichen Behandlung und Entscheidung Mehrerer zusammen anvertraut wäre. Sie werden daneben nicht ohne Grund dafürhalten, daß, wenn auch von dem guten Willen und den Einsichten eines oder des andern Collegialmitglieds nicht viel zu erwarten seyn sollte, es doch nicht auf dieses allein ankomme, dessen Einfluß vielmehr durch die sittliche und geistige Eminenz der übrigen Mitglieder leicht unschädlich gemacht werden könne. Weit entfernt also von jenem lieblosen Gedanken, daß diese mehreren Richter, „einzeln leidlich klug und verständig, in corpore vereint" ihre Natur verändern möchten, werden die Rechtsuchenden von der vereinten Intelligenz und Thätigkeit in der Richtung auf das Ziel der Rechtsfindung eine Bürgschaft gegen mangelhafte Einsicht und Uebereilung oder Leidenschaftlichkeit sich versprechen, und sie werden sich in der Regel wenigstens nicht täuschen. Denn das gemeinsame Wirken der Mehrern wird manches Entscheidungsmoment aus dem Dunkel hervorziehen, manches erhebliche Bedenken anregen, das die natürliche Einseitigkeit des Einzelmannes und sein Festhalten an vorgefaßten Meinungen nicht würde haben aufkommen lassen. So kann und wird die Gründlichkeit der Erörterung nur gewinnen. Sey es immerhin, daß vier Augen gerade auch nicht weiter sehen, als zwei, sofern diese einzeln und für sich von gleicher Schärfe der Sehkraft sind, wie jene, so läßt sich doch annehmen, daß sie mehr sehen. Mag daher immer ein theoretisch und praktisch gebildeter Einzelner so gut das Rechte erkennen, als Mehrere, — mehr, und daß derselbe dazu befähigter sey, zu behaupten, wäre doch wohl wider die Erfahrung [1]) —, muß ferner auch zugegeben werden, daß

1) Daß der Einzelrichter das Rechtsgesetz in vorkommenden Fällen durch

nach unserer jetzigen Gesetz- und Rechtsverfassung das Bedürfniß der Rechtsfindung nicht mehr eintritt, welches bei den altgermanischen Gerichten den Verein Mehrerer als Urtheiler bedingte, und mag eben deßhalb das zur vermeinten Rechtfertigung des Collegialsystems fast zum Ueberdruß uns vorgehaltene Beispiel unserer Altvordern auf einem Vergessen der ganz verschiedenen Verhältnisse beruhen; — dennoch wird immer der Ausspruch Mehrerer das Vertrauen der Gesetz- und Rechtmäßigkeit eher für sich haben, als der eines Einzigen. Daran ist aber doch in der That bei der Rechtspflege viel gelegen, schon um deßwillen, weil dieses Vertrauen ein sehr wirksames Mittel der Beruhigung bei dem Ausspruch eines Richters ist, wenn ich gleich nicht schlechthin zugeben kann, daß die Appellationen in der Regel aus Mißtrauen gegen die Gerechtigkeit des Urtheils, wogegen man appellirt, und aus der Hoffnung hervorgehen, durch das Rechtsmittel Abänderung des Urtheils zu erlangen [1]). Zwar ordentlicherweise appellirt man in der Hoffnung, ein besseres Urtheil zu erlangen; aber die Erfahrung lehrt, daß die unterliegende Partei, wenn sie ein Rechtsmittel einwendet, dazu oft weniger im Vertrauen auf ihre gute Sache, als aus Speculation sich bewogen findet. Sie will es auf das Glück ankommen lassen, oder doch wenigstens den Prozeß verlängern, zumal wenn sie der beklagte Theil ist. Daher sind die Appellationen gegen collegialgerichtliche Erkenntnisse gerade nicht viel seltener, als gegen einzelrichterliche. — Es läßt sich zwar übrigens wohl denken, daß nicht alle Mitglieder eines Richtercollegiums von gleicher Fähigkeit sind, ja die tägliche Erfahrung zeigt uns

Intuition und Erwägung am besten finden werde und daher für die richtende Intelligenz geeigneter sey, als ein Verein von Mehreren (Archiv XIII. S. 48.), beruht doch gewiß auf einer zu weit getriebenen Sophisterei, die in dem praktischen Leben eben so wenig begründet, als für dasselbe fruchtbringend ist.

1) Archiv XIV. S. 418.

sogar eine große Ungleichheit in den Geistes- und Willens-Eigenschaften derselben, wovon denn leicht die Folge seyn kann, daß die Intelligenz bei der Minorität ist. Oft wird indessen dieses Ergebniß nicht eintreten, wenn anders die geistig überlegenen, obschon die Minderzahl ausmachenden Collegen ihren Einfluß auf die übrigen gehörig geltend zu machen verstehen, was eben auch als Wirkung ihrer Ueberlegenheit zu erwarten ist.

§. 8.

Aus den bisher nur kürzlich angedeuteten Gründen kann es kaum zweifelhaft seyn, der collegialisch administrirten Justiz in streitigen Sachen vor der von Einzelrichtern verwalteten den Vorzug einzuräumen. Es wird auch an diesem Resultat nichts ändern, daß es unter letztern Männer gibt, die mit jedem Collegialgliede zuversichtlich in die Schranken treten können, da dieß ja doch immer nur Ausnahmen sind. Eben so wird es uns für die Entbehrung des Bessern wenig trösten, daß unsere Rechtspflege in erster Instanz Jahrhunderte lang in der Regel von einem Einzigen als Richter verwaltet worden ist, wenigstens dem Wesen nach; denn wer möchte eine Collegialität im rechten Sinne des Worts diejenige nennen, die auf unsern deutschen Gerichtsämtern bis noch kaum vor 50 Jahren bestanden, wo der Gerichtsvorstand, unter dem Namen Pfleger, Vogt, Landrichter, Amtmann, bloß mit rechtsungelehrten Schöffen zu Gerichte saß, bis diese Beisitzer nach und nach in Abgang kamen und der vorsitzende Richter nun auch der Form nach allein das Recht sprach, was er früher schon dem Wesen nach that? Ich rede hier nicht von der frühern Zeit, sondern von der, wo man in Folge einer veränderten Rechtsverfassung eines von Schöffen gewiesenen Rechts nicht mehr bedurfte, auch nicht damit auskam (S. 2. §. 1. Note 1.). Ist nun aber die Collegialität ein wesentliches Erforderniß einer zweckmäßigen Rechtspflege, so scheint es,

daß wir in Widerspruch mit uns selbst kommen, wenn wir Einzelrichtern auch nur den Wirkungskreis der französischen Friedensrichter einräumen. Denn wer möchte die Rechtssicherheit im Staate für wohlbestellt erkennen, da, wo das Schicksal einer Streitsache in die Hände von Männern, die wir nur im Vereine mit Mehreren für befähigt gelten lassen, gelegt wäre, und zwar bloß darum, weil die Erledigung dieser Sache besondere Eile fordert, oder weil sie nach einem allgemein formirten Maßstabe für geringfügig gilt, der doch im gegebenen Fall häufig so sehr trügt? Doch hat man selbst in Frankreich über dieses Bedenken sich hinwegsetzen und ausnahmsweise für gewisse Streitsachen Einzelrichter zulassen müssen, und wenn man alles genau erwägt, kann dieß auch nicht anders seyn. So kann denn also nicht mehr die Frage seyn: können Einzelgerichte überhaupt zugelassen werden? sondern nur: ist ihnen auch die Competenz der Collegialgerichte sicher zuzugestehen? Nach dem vorhin Gesagten würde man sich nicht lange bedenken dürfen, letzteres zu verneinen, stände es uns frei, zwischen dem minder Zweckmäßigen und dem Zweckmäßigern zu wählen. — Aber dieser Wahl stehen große Schwierigkeiten entgegen, und wir müssen auch hier, wie vorhin bei der Frage um die Trennung der Gewalten, uns das leidige Bekenntniß ablegen, daß wir mit dem Geringern zufrieden seyn müssen, weil uns das Bessere unerreichbar ist.

§. 9.

Unter den Schwierigkeiten, die mit der durchgängigen Einführung der Collegialjustiz bei unsern Gerichten erster Instanz verbunden sind, steht obenan das Hinderniß, welches überhaupt so manche für besser anerkannte Einrichtung unausführbar macht, daß uns nämlich die Mittel dazu versagt sind. Wollte man statt der bisherigen Einzelgerichte durchaus Collegialgerichte einführen, so würde der Staatsaufwand für die Rechtspflege sehr bedeutend sich er-

höhen; denn die Zahl der Richter würde um das Drei- und Vierfache vermehrt werden müssen. Da, wo bis jetzt ein Einzelner die Justiz verwaltet hat, müßte nämlich ein Collegium von Richtern in hinlänglicher Anzahl und aus rechtsgelehrten Männern bestehend, geschaffen werden. In hinlänglicher Anzahl sage ich, weil hiebei auch darauf Rücksicht genommen werden müßte, daß nicht bei einem, rücksichtlich des einen oder des andern Mitgliedes eintretenden Hinderniß die collegiale Behandlung vereitelt werden möchte. Rechtsgelehrte Richter müßten es aber seyn, da nur aus solchen ein dem Zweck entsprechendes Gericht gebildet werden könnte, weil bei ungelehrten Beisitzern die Sache wieder in den Zustand versetzt werden würde, den man eben beseitigen will, daß nämlich die richterliche Gewalt in der Hand eines Einzigen, nämlich hier des vorsitzenden Richters wäre. Denn man kann doch nicht verlangen, daß Rechtsunkundige über Rechtsfragen urtheilen sollen; ja nach unserer prozeßrechtlichen Beweistheorie können sie nicht einmal über die Thatfrage, oder ob ein Factum als erwiesen anzunehmen, urtheilen, sondern nur als Sachverständige gebraucht werden, wo sie aber nicht als Gerichtsbeisitzer, sondern wie andere Zeugen und Experten nur als Nebenpersonen erscheinen. Wollte man nun anstatt eines Einzelgerichts über ein Amtsgebiet von 12—15000 Seelen jedesmal ein mit lauter Rechtsgelehrten besetztes Collegialgericht aufstellen, so wäre es nicht zweifelhaft, wie sich der Aufwand für die Rechtspflege erster Instanz gegen sonst verhalten würde. Zwar würden sich zu den neuen Collegialgerichten die bei Einzelgerichten hie und da neben dem Richter angestellten rechtskundigen Amtsgehülfen an s. g. Assessoren, Adjuncten, Actuarien mit verwenden lassen, wenn sie nur disponibel wären. Aber dieß ist der Fall nicht, da der gemischte Justiz- und Administrativdienst, der bei ihrer Anstellung besonders berücksichtigt wurde, auch nach der Trennung ferner besorgt werden muß, die ent-

behrlich werdenden Subjecte also für die ausfallenden Dienstzweige zu verwenden sind.

Dieses und daß man folglich nicht so viel Collegialgerichte als Einzelrichter haben könne, hat man nun wohl eingesehen. Deßwegen hat man vorgeschlagen, die Gerichtssprengel für die erstern zu erweitern. Ein Collegialgericht oder Tribunal erster Instanz solle sich über drei, vier und noch mehrere der bisherigen Einzelgerichtsbezirke verbreiten; weil aber diese Gerichtssprengel für alle vorkommende auch unbedeutende Rechtssachen zu ausgedehnt wären, so sollen wie in Frankreich den Tribunalen erster Instanz nur die wichtigern Sachen beigelegt werden, für die Rechtspflege in den minder wichtigen Angelegenheiten aber nach wie vor Einzelrichter bestehen. Es läßt sich indessen leicht berechnen, daß auch so immer eine bedeutende Vermehrung des Personals nothwendig werden und somit ein stärkerer Anspruch an die Finanzkräfte des Staats auch von diesem Organismus unzertrennlich seyn wird. Allein wenn man sich auch aus Rücksicht für den großen Zweck über den mehrern Aufwand wegsetzen wollte und, wohl zu merken, auch könnte, so bleibt doch immer eine wesentliche Verbesserung unseres Zustandes noch sehr problematisch. Es machen nämlich folgende Umstände die Ausführung bedenklich.

§. 10.

1) Die Ausscheidung des Ressorts zwischen Collegialgerichten und Einzelrichtern oder zwischen den s. g. großen und kleinen Sachen hat zwar auf dem Papiere keine große Schwierigkeiten, desto mehr aber bei der Anwendung im Leben selbst. Bestimmen z. B., wie nach dem baierischen revidirten Civilprozeßordnungs-Entwurf von 1827, hundert Gulden Werth die Scheidewand zwischen den beiderlei Wirkungskreisen, wer wollte bezweifeln, daß hier dem Einzelrichter bald eine Kleinigkeit, bald Hab und Gut der Rechtsuchenden

anvertraut seyn kann? Ueberhaupt sollte man mit dem Ausdruck und der Bedeutung von geringfügigen Sachen es nicht so leicht nehmen, sowohl wegen der Relativität des Begriffs an sich, als weil im Verkehrsleben in der That weniger von den seltener zur Sprache kommenden großen Dingen, als von jenen s. g. Kleinigkeiten abhängt, die fortwährend Gegenstand unsers Verkehrs sind, durch ihre Zahl zum Großen anwachsen und so auf Ruhe und Zufriedenheit des Volks von dem entschiedensten Einflusse werden können. Die ungerechte Entscheidung der Streitigkeit zwischen dem Hausbesitzer und dem Miethsmann, zwischen dem Werkmeister und dem Besteller, zwischen dem Beschädiger und dem Beschädigten, sey auch der Gegenstand an sich nicht beträchtlich, schmerzt den Reichen wie den Armen; diesen, weil er auch eine s. g. Kleinigkeit nicht entbehren kann, jenen wegen der Geringschätzung, womit er mit und neben seiner Sache gewissermaßen sich selbst behandelt sieht. Soll aber der Beschwerte, wo dieß auch angeht, da die Prozeßordnungen bei Zulassung der Berufungen in Bagatellsachen nicht sehr freigebig zu seyn pflegen, bei dem höhern Richter Remedur suchen, und so seinen Aerger verlängern? — auf gerathe wohl vielleicht? Denn wer steht ihm dafür, daß nicht das Appellationsgericht die Sache ebenfalls für das annimmt, wofür sie das Gesetz erklärt, für einen geringfügigen Handel, für Lappalien, womit man nur aus Eigensinn und Rechthaberei die Oberbehörde behellige? — So kann denn, wenn es der Unterrichter nur nicht gar zu plump gemacht hat, leicht eher eine bestätigende, als eine abändernde Entscheidung erfolgen: kein Wunder, je schlechter oder doch unzuverläſſiger die Justiz unten, desto mehr der Arbeit oben, der man sich denn auf menschliche Weise nach Möglichkeit zu entledigen sucht.

2) Die Formirung größerer Gerichte der ersten Instanz erschwert bei deren ausgedehntern Sprengel offenbar die Rechtshülfe, besonders für die Gerichtsinsassen, die entfernt

vom Gerichtssitze wohnen, und vielleicht einen halben Tag, im Winter leicht einen ganzen, aufopfern müssen, nur um zum Gerichtssitze zu kommen, und dort eine einfache Schuldklage, oder die Klage über einen nicht erfüllten Vertrag u. dgl. anzubringen, wo es vielleicht weniger auf Rechtsprechung, als auf Rechtshülfe ankommt, weil der Beklagte das Recht des Klägers nicht sowohl bestreitet, als verweigert. Der Bauer, der ländliche Professionist muß nun, ersterer etwa gerade in der dem Landbebauer nothwendigsten Zeit, sein häusliches Anwesen, der Professionist seine Werkstatt verlassen, und einen Tag, wohl gar mehrere, einem Rechtshandel nachlaufen, den er sonst in seinem Justizamt in dem Zeitraume weniger Stunden hätte zu Ende bringen können, vielleicht auch zu einer Zeit, wo er gerade wegen einer andern Angelegenheit im Fache der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei diesem Amte anwesend seyn mußte, oder wo er bei der am nämlichen Orte residirenden Steuerbehörde oder dem Domainenamt seine Abgaben zu entrichten, oder bei dem Forstamt ein Geschäft abzumachen hatte. Und diese wesentliche Veränderung in den Verhältnissen des Rechtsuchenden kann die Differenz eines Gulden mehr oder weniger bewirken. Man glaubt zwar in diesen und ähnlichen Fällen, welche wohl zu merken gerade die Mehrzahl der Prozesse ausmachen, dadurch Abhülfe zu bewirken, daß man den alsdann noch bestehenden Einzelrichtern das Vermittelungsamt überträgt, auch den Parteien überläßt, auf diese selbst in wichtigern Sachen zu compromittiren. Allein von diesen Auskunftsmitteln mag man sich nur nicht zu viel versprechen; denn es wird dabei von Voraussetzungen ausgegangen, deren Eintreffen gar sehr vom Zufall abhängt. Für das Erste kommt es darauf an, daß die Parteien überhaupt zum Vergleich geneigt sind, auch daß der Einzelrichter dem Sühneversuch da, wo es die Erleichterung der Arbeit des Collegialgerichts gilt, mit dem Eifer sich widmet, als wenn der Prozeß bei ihm selbst zu verhandeln und

zu entscheiden wäre. Was aber für das Andere das Compromiß betrifft, so rechne man nur nicht zu sehr darauf, daß die unter sich uneinigen Parteien sich dießfalls verstehen werden. Am wenigsten dürfte wohl der Beklagte zu einer dergleichen Uebereinkunft, wodurch dem Kläger die Rechtshülfe erleichtert und die Sache schneller zu Ende gebracht werden soll, die Hände zu bieten Lust haben.

3) Mit der Erschwerung der Rechtshülfe im Wege der Collegialjustiz ist leichtbegreiflich auch deren Vertheuerung verbunden, und dieß schon darum, weil bei einem Collegialgericht die Hülfe eines Sachwalters nicht zu umgehen ist. Ich bin weit entfernt, den Stand der Advokaten für ein Uebel und deren Hülfe überhaupt für durchaus entbehrlich zu halten. Aber eine Justizorganisation, die darauf angelegt ist, daß man Advokaten haben muß, um überall zu seinem Rechte zu gelangen, ist gewiß nicht die rechte. Wer das Leben der Menschen näher beobachtet hat, wird wissen, daß der Rechtsuchende, besonders aus den niedern Ständen, nichts weniger als ein Freund von sachwalterlicher Hülfe ist, und hat ihn Uebung und Gewohnheit von einem gewissen Widerwillen gegen das Prozessiren endlich geheilt und mit gerichtlichen Händeln allmählich vertrauter gemacht, so ist er auf dem Wege, der zu nichts Gutem führt. Daß überhaupt eine Reform der bezielten Art nicht im Geschmacke des größten Theils des Volks ist, weiß jeder, der dessen Neigungen und Treiben länger zu beobachten Gelegenheit gehabt hat. Könnte man dasselbe Mann für Mann mit seiner Meinung hören, so würde gewiß das Ergebniß seyn, daß manches, was in Schriften, auch wohl auf Landtagen als Volkswunsch ausgegeben wird, nur Wunsch des Schreibenden und Sprechenden ist. Wendet man aber etwa dagegen ein, das Volk verstehe nicht, was ihm gut sey, so kommt man gerade mit einer Lieblingsansicht unserer Zeit, von dessen Mündigkeit nämlich und von der Entbehrlichkeit

einer curatorischen Fürsorge für dasselbe, in Widerspruch. Immer wird man wenigstens einräumen müssen, daß auch der Bauer am besten wisse, wo ihn der Schuh drückt, also — was ihm nicht gut ist; und wenn er schon nicht weiß, wie dem Uebel am besten abzuhelfen, so erwartet er doch, um bei dem trivialen Gleichniß zu bleiben, daß man bei der Wahl des Mittels vor allem auch auf seinen Fuß Rücksicht nehmen werde.

§. 11.

Man wird gegen alles dieses das Beispiel von Frankreichs Justizhierarchie anführen, und — was wir nun einmal glauben sollen und wollen — daß sich das Volk dabei wohl befinde. Aber wollen wir nur vor allen nicht vergessen, daß die dortige Verfassung unter revolutionären Stürmen und schweren Wehen in das Daseyn getreten ist, wobei freilich über manche Rücksichten schonungslos hinweggeschritten werden konnte, die bei Reformen im friedlichen Zustande sorgsam beachtet zu werden pflegen. Die Zeit hat nun allmählich das Andenken an die Umstände ausgetilgt, unter welchen das Bestehende sich gestaltet hat. Nun will man das zu so theuerm Preis Erworbene wenigstens in Ruhe besitzen. Was ist natürlicher, als dieses? Eben so läßt sich aber auch mit Billigkeit nicht erwarten, daß unsere Landsleute jenseits des Rheins, da sie die französische Justizeinrichtung nun einmal haben, selbige willig aufgeben, und ein Gewisses mit einem Ungewissen vertauschen sollen, zumal in Rückerinnerung an den Zustand, der hie und da sonst wohl in der Rechtspflege, so wie in andern Institutionen und im öffentlichen Leben überhaupt dort statt gefunden. — Deutschland diesseits des Rheins braucht glücklicherweise jene bittern Erfahrungen nicht zu machen, um zweckmäßiger Reformen seiner Institutionen theilhaft zu werden; auch hat sich ohne staatsumwälzende Stürme, vielmehr allmählich und gleichsam unvermerkt schon

manches bei uns auch in der Rechtspflege gegen den frühern Zustand zum Bessern gewendet, so daß es dem Deutschen gerade nicht übel zu nehmen ist, wenn er einem naturgemäßern Gang in der weitern Verbesserung seiner öffentlichen Einrichtungen, zugleich mit Schonung seiner nationellen Eigenheiten und gewohnten Lebensweisen, den Vorzug gibt. Daß dieß und nichts anderes sein Wunsch ist, davon könnten wir uns vollständig überzeugen, wenn wir die Stimme derer hören wollten, die mit Sachkenntniß ruhig und unbefangen zu prüfen vermögen, und zugleich die Stimmen derer, welche die Sache zunächst angeht, d. h. der Rechtsuchenden und derer, die sie redlich zu vertreten geneigt sind.

Wenn also, um wieder auf das Gesagte zurück und zum Resultat des vorliegenden Prüfungspunkts zu kommen, bei aller zugegebenen Vorzüglichkeit des Collegialsystems an sich der Erfolg bei seiner Einführung wegen der entgegenstehenden Bedenken, unter welchen freilich das, daß es mehr kostet, wie gedacht, obenansteht, im Allgemeinen noch sehr problematisch ist, so ist es unsern deutschen Regierungen nicht zu verdenken, wenn sie — und dieß gilt denn auch von den übrigen Reformfragen — mit einem kostspieligen, und dabei in seinen Folgen bedenklichen Experiment sich nicht übereilen, wenn sie lieber das Alte der Vollkommenheit allmählich näher zu bringen streben, als auf gut Glück hin einreißen, was gewissermaßen Gebrauch und Sitte geheiligt hat, was durch vieljährige Anwendung der Nation bekannt geworden, und in den gewohnten Geschäftsgang und die Einrichtungen des bürgerlichen Lebens einmal verwebt ist, wenn sie endlich besonders den Zustand der großen Mehrheit der Rechtsuchenden beherzigen, die mehr auf den Zweck, als auf die Mittel sehen. Ist ja doch das neue Werk auch nur Menschenwerk, also dem Loos der Unvollkommenheit unterworfen, während man die Gebrechen des Alten kennt und sich dagegen vorzusehen gelernt hat. — So kommt man denn zu der Ueberzeugung,

daß, wenn die bisherige Verfassung der Gerichte erster Instanz in ihren Mängeln irgend einer Verbesserung fähig ist, es als eine Forderung der Klugheit erscheint, vorerst lieber einen Versuch mit dieser Verbesserung zu machen.

§. 12.

Wenn man weiß, woher der schlechte Zustand der Justiz bei den Einzelgerichten in vielen Ländern Deutschlands rührt, so sind uns die Fingerzeige für die anzuwendenden Verbesserungen schon gegeben. Unsere Untergerichtsjustiz bei den vorzugsweise s. g. Aemtern leidet sichtlich an zwei Hauptgebrechen: an Ungründlichkeit und an Verzögerung. Versuche man es also nur, die Ursachen zu entfernen. Ausser Mißgriffen in der Wahl der zum Richteramt berufenen Beamten liegen sie in dem Geschäfts-Organismus. Was jene Mißgriffe betrifft, so braucht kaum bemerkt zu werden, daß sie ohne Widerrede bei einem Einzelrichter in ihren Folgen gefährlicher sind, als bei einem Collegium von Mehrern. Es kann ihnen nur durch strenge und sorgfältige Prüfung der Dienstadspiranten vor der Anstellung vorgebeugt, oder wenn dieses unterlassen worden, durch nachsichtslose Entfernung, der Unwürdigen wenigstens, von dem Posten eines Einzelrichters das Versehen wieder gut gemacht werden. Bei dem einzeln stehenden Richter kommt es vorzugsweise auf Eigenschaften des Herzens an, und mit Recht erinnert Friedrich der Große — seine Worte sind in der preuß. Gerichtsordnung [1]) aufbewahrt, —: „Bei denjenigen Untergerichten, wo der Richter es ganz allein mit den Parteien zu thun hat, und bei den einzelnen Verhandlungen mit ihnen, von niemanden unmittelbar controlirt werden kann, besonders aber in Prozeßsachen die Obliegenheiten des Decernenten, des Instruenten und Urtheilsfassers in seiner

---

1) Th. III. Tit. 8. §. 12.

Person vereinigen muß, ist die strengste Redlichkeit, und die sorgfältigste Entfernung von allem Eigennutz, Habsucht, Parteilichkeit und andern Affecten die unentbehrlichste Eigenschaft des Richters; die Obergerichte müssen daher bei ihrer Aufsicht über diese Classe von Untergerichten dieselben vornämlich aus diesem Gesichtspunkte betrachten, und Vergehungen gegen diese Eigenschaften strenger und nachdrücklicher ahnden, als Fehler gegen die Vorschriften der Gesetze und der Prozeßordnung, in welche dergleichen Unterrichter wegen Mittelmäßigkeit ihrer Talente und Einsichten in einer oder der andern Sache etwa verfallen möchten." —

Aber es muß auch dem zur Verwaltung des Richteramts angestellten Einzelnen möglich gemacht werden, den Pflichten seines Amts zu genügen, ohne Uebermenschliches leisten zu müssen. Und darin, in dem Organismus der Justizverwaltungsstellen des untern Ressorts, liegt eben in manchem Lande die Ursache, warum es der Tüchtigkeit des Mannes, seiner Thätigkeit und seines besten Willens ungeachtet nicht vorwärts will, — in der zu weiten Ausdehnung der Amtsbezirke und vorzüglich in der Cumulirung der heterogensten Geschäfte, die man seinen Schultern auflادet. Es ist unbegreiflich, daß man immer nicht begreifen will, daß ein Amtsbezirk über 15, 20 und mehr Tausend Seelen für einen Mann zu groß ist, sey es auch, daß ihm einige tüchtige Gehülfen — und dieses Beiwort gilt doch nur von den seltenern Ausnahmen — zur Seite stehen, wenn ihm in demselben die streitige und freiwillige Gerichtsbarkeit, die Polizei und die ganze übrige Verwaltung aufgebürdet wird. Selbst in einem kleinern Bezirk, wo dann auch wiederum die Zahl der Gehülfen sich vermindert, werden Herkules-Kräfte vorausgesetzt, wenn der arme Mann die Straf- und Civilrechtspflege besorgen, das Amt eines Obervormundes, eines Hypothekenbuchführers und Notars führen, und nebenbei den Polizeibeamten, den Communal-Curator,

den Conscriptionsbeamten, den Truppenmarsch-Commissär, den Oberpfleger über die Armen machen, kurz den ganzen Dienst der innern Verwaltung mit versehen soll. Nothwendig muß hiebei ein Dienstzweig vernachlässigt werden; oft trifft sie alle dieses Schicksal, doch immer am meisten diejenigen, wo man es nur mit den Parteien allein, und allenfalls mit der Stimme des Publikums, (über schlechte Polizeiverwaltung, schlechte Wege und Straßen, überhand nehmenden Straßenbettel und Vernachlässigung des Dienstes für die öffentliche Sicherheit ꝛc.) zu thun hat, weniger in dem Verkehr mit den Oberbehörden unmittelbar, denen bei Geschäftsrückständen oder Vernachlässigungen wirksame Stimulanz-Mittel zu Gebote stehen, die den Privaten fehlen. Versuche man es also nur einmal, und trenne da, wo diese Amalgamation noch besteht, nur die Polizei und Administration der Regiminalien von dem Amte der Einzelrichter, gewiß es wird besser mit der Justiz und zugleich auch mit der Besorgung jener übrigen Verwaltungszweige werden.

Diese Reform ist aber kein gewagtes Experiment; der Verfasser hat den Justizdienst getrennt von dem Kameral- oder Regiminal-Dienst in den ehemalig preußischen Fürstenthümern in Franken von 1797 an, wo die preußische Regierung die frühern Aemter mit gemischtem Ressort reformirte, zwölf Jahre lang im Leben beobachtet und selbst als Dirigent eines Justizamts, mit welchem die Untersuchung in Straffachen, die Civilrechtspflege in streitigen Sachen, die freiwillige Gerichtsbarkeit, das Vormundschafts-, das Depositenwesen und die Führung des Hypothekenbuchs verbunden war, jene Zeit hindurch gedient. Das Personal eines Justizamts bestund aus einem ersten Justizamtmann mit entscheidender Gewalt, (also aus einem Einzelrichter) aus zwei Actuarien, wovon der eine mit dem Titel eines zweiten Justizamtmanns im Verhinderungsfall den Dirigenten vertrat, der andere aber die eigentlichen Geschäfte eines Gerichtsschreibers, das

Registraturwesen und die Functionen eines Sportel- und Depositalrendanten besorgte. Alle drei oder wenigstens die beiden erstern, mußten rechtswissenschaftlich gebildet seyn. Ferner waren ein paar Copisten angestellt, welchen statt des Gehalts die Copialien in Parteisachen überlassen waren. In der Folge wurde, da besonders wegen der Geschäftsvermehrung durch Einführung des preußischen Hypothekenbuchs für das Amt des zweiten Actuars die Besorgung der Cassengeschäfte zu beschwerlich wurde, hie und da, wenigstens bei den größern Aemtern, noch ein eigener Sportel- und Deposital-Rendant aufgestellt, und vom Staate besoldet. Diese Einrichtung hat sich in der Praxis als zweckmäßig bewährt und den Unterthanen war da, wo die Beamten gehörig qualificirt waren, eine bereite Rechtshülfe gesichert.

Es gibt aber bekanntlich noch mehrere Länder in Deutschland, wo dieser Organismus seit länger oder kürzer besteht, und sich im Leben bewährt hat. Man darf also nur ernstlich wollen, wenn man es besser haben will, ohne daß man darum das Alte und Gewohnte wegzuwerfen und etwas Neues dafür einzutauschen braucht, von dem man nicht weiß, ob es, wie gut es auch anderwärts unter andern Verhältnissen immerhin seyn mag, für unsere Zustände passend ist.

§. 13.

III. Macht uns schon die Erwerbung der Collegialverfassung wegen unserer Finanznoth so viel zu schaffen, so dürfen wir noch weniger hoffen, daß uns der dritte Hauptgrundpfeiler der französischen Justizhierarchie zu Theil werden wird, das Institut der Staatsanwaltschaft, und es wird also wahrscheinlich die Incumbenz der öffentlichen Anwälte wie bisher noch ferner zu den Obliegenheiten der Gerichte und ihrer Vorstände gehören. Daher nichts weiter hierüber, sondern zum Schlusse

IV. noch von der Oeffentlichkeit und Mündlich-

keit einige Worte, — nur noch wenige zu den vielen, die schon von Andern gesprochen worden sind. Ob die absolute Gerichtsöffentlichkeit in Civilsachen, von der niemand ausgeschlossen ist, zweckmäßig und uns nothwendig ist, ob sie als Sporn der Unparteilichkeit und Gründlichkeit auf die Richter, und als Abschreckungsmittel vor unredlichem Benehmen und frivoler Prozeßführung auf die Parteien einwirken wird, während diese nach der französischen Ordnung der Dinge unter der Herrschaft der Advokaten stehen, ob endlich diese Oeffentlichkeit ein fruchtbares und zugleich nützliches Mittel der Rechtsbildung (und zwar einer gründlichen, nicht bloß einer oft mehr schädlichen als nützlichen halben Bildung, eines bloßen Anstrichs von Jurisprudenz) für das schau- und hörlustige Publikum werden wird, — dieß Alles und noch Mehreres, was man uns seit einer Reihe von Jahren schon von der Vortrefflichkeit der jenseitsrheinischen Institution vorgesagt hat, soll hier auf sich beruhen. Die öffentliche Meinung — so nimmt man wenigstens an — hat sich einmal dafür ausgesprochen, und da man nicht zu untersuchen pflegt, wie diese entstanden, ob nicht dadurch, daß, ohne eigene Prüfung, und oft selbst wohl dazu unvermögend, Einer dem Andern nachsagte, was diesem auf dem nämlichen Wege mitgetheilt worden; so mag es dabei bleiben. Und so wollen wir denn auch nicht untersuchen, ob Feuerbach (dem man übrigens in dieser Materie gerade nicht den Vorwurf des vorurtheiligen Klebens am Alten und des Kaltsinns gegen freisinnige Ideen und Institutionen machen wird) in dem, was er im zweiten Theil seiner Schrift über die Oeffentlichkeit der Rechtspflege aus eigener Ansicht erzählt, recht gesehen, ob ihm nicht vielmehr üble Laune die Behauptungen dictirt hat: „daß alles, was von der Wohlfeilheit der Prozesse, von der Einfachheit und Schnelligkeit des ganzen Verfahrens, von der Gründlichkeit und Unparteilichkeit der Richtersprüche, von dem veredelten Geiste der Richter

gesprochen, und der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit als Urheberin jener Wohlthaten nachgerühmt werde, gegen die lebendige Erfahrung in Frankreich sich nicht viel besser ausnehme, als ein Mährchen der Scheherazade; — daß die Formen der Oeffentlichkeit dort großentheils mehr auf das Scheinen als auf das Seyn berechnet seyen, und daß oft gerade das Allerwesentlichste dem geheimen Dunkel überlassen und die Gerichtsöffentlichkeit vornämlich aus dem Gesichtspunkt eines Schauspiels für das Publikum betrachtet und manches nur auf den dramatischen Effekt berechnet sey" (Seite 212.) — ferner: „daß die Oeffentlichkeit für sich allein auf die innere Beschaffenheit der Rechtspflege wenig Einfluß äußere, daß sie, zumal wo nur die Parteien öffentlich handeln, das Gericht selbst aber sein Hauptgeschäft, die Urtheilsfindung im Geheimen verrichte, die Richter weder gelehrter und verständiger noch unparteiischer und unbestechlicher mache, als sie es auch ohne dieselbe sind oder nicht sind, wovon man nirgends bessere Gelegenheit sich durch Augen und Ohren zu überzeugen habe, als in Frankreich und in den Niederlanden, wo die Klagen über schlechte Rechtspflege und schlechte Richter von allen Seiten lauter tönten, wie vielleicht irgendwo im deutschen Vaterlande." (Seite 220.) — Wir wollen diese Behauptungen des gepriesenen Vertheidigers der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit für Uebertreibung halten, vielmehr in diesem Punkte uns auf die Seite derjenigen, die diese volksthümliche Oeffentlichkeit nun einmal haben wollen, begeben, und zwar hauptsächlich darum, weil sie gerade nicht viel kostet. Ob nach der Einführung derselben das Publikum von der Erlaubniß des Zutritts Gebrauch machen wird oder nicht, ob, wie freilich zu bezweifeln, besonders sobald der Reiz der Neuheit einmal vorüber ist, in Civilsachen wenigstens, der Zudrang noch so stark sein wird, als im Anfang, darauf kann es nicht ankommen; denn es genügt allerdings schon für den Zweck, daß man den Zu-

tritt wenigstens geöffnet findet. Viel Bedenkliches ist auch sonst bei dieser Oeffentlichkeit nicht, da sie in den meisten Gerichts-Aemtern, wenn schon in einer andern Form, in der That bereits besteht. So ist es namentlich bei den Landgerichten in Baiern, freilich nur zufällig und hie und da, weil es an Raum fehlt, die wartenden Parteien anders als in den zu den Verhören bestimmten Gerichtszimmern unterzubringen, namentlich im Winter und wenn der Zudrang stark ist, nichts Ungewöhnliches, daß eine vollständige Oeffentlichkeit eintritt. Denn bis die Reihe an diese Umstehenden und Wartenden kommt, haben sie volle Gelegenheit, alles zu sehen, was vorgeht, und zu hören, was Richter und Parteien sprechen, — oft sogar mehr als gut ist, wie denn von dieser Publicität namentlich jene Menschengattung, welche L. 22. C. mandati als „alienis rebus fortunisque inhiantes" bezeichnet, — wuchernde Juden und Judengenossen, — recht gut zu profitiren weiß. Doch genug hievon.

Was die Mündlichkeit des Verfahrens anlangt, so kann, so weit es mit einem, das Factum fixirenden schriftlichen Verfahren schicklich verbunden, und vorzugsweise nur der Rechtsausführung gewidmet ist, ohnehin kein Zweifel an dessen Zweckmäßigkeit seyn. Daß übrigens das mündliche Verfahren nur da wesentlich und überhaupt an seinem Ort ist, wo die Justiz collegialisch verwaltet wird, und das gesprochene Wort gleichzeitig zu den Ohren Mehrerer dringen soll, während die Mittheilung bei einem Einzelrichter eben sowohl durch die Schrift, als durch das mündlich ausgesprochene Wort, mit gleicher Zuverlässigkeit geschehen kann, ist bekannt.

§. 14.

Es ist bisher zu zeigen versucht worden, ob und wiefern uns eine Verbesserung unserer Civilrechtspflege durch eine Reform der Gerichtsverfassung, namentlich durch Tren-

nung der Gewalten, durch Einführung der Collegialität auch bei den Gerichten erster Instanz und des Instituts der Staatsanwaltschaft, so wie durch Einführung des öffentlich mündlichen Verfahrens Noth thut oder nicht, und daß wir wenigstens das Meiste von diesen Eigenheiten der französischen Justizverfassung entbehren, und doch einer guten Rechtspflege theilhaftig werden können. Es wurde gezeigt, daß eine Enthebung der Gerichte erster Instanz von allen Attributen der eigentlichen oder im engern Sinn sogenannten Verwaltung von allen nicht zum Dienste der (streitigen und nichtstreitigen) Justiz gehörigen Gegenständen, eben so nothwendig, wie bei den höhern Gerichtsstellen und eine unbedingte Forderung einer zweckmäßigen Justizverfassung sey, daß aber die Besorgung der nichtstreitigen Angelegenheiten mit der Administration der contentiösen Gerichtsbarkeit bei den Untergerichten wohl verbunden bleiben könne, wenn die Trennung nicht ohne Schwierigkeit ausführbar sey, indem die Vorstellung eines feindseligen Zusammentreffens von Pflichten mit Pflichten oder Privatinteressen in der Theorie bei weitem bedenklicher erscheine, als sie in dem wirklichen Leben sich bestätige. Daß Richtercollegien den Vorzug vor Einzelrichtern haben, wurde zugegeben, zugleich aber darzuthun versucht, daß eine durchgängige Einführung der Collegialität mit großen Schwierigkeiten verbunden sey, die in der Praxis die Nachtheile des Instituts der Einzelgerichte, das man doch nicht entbehren könne, weit überwögen, daß aber und wiefern selbst diese Nachtheile zu beseitigen seyen u. s. w.

Was kann aber geschehen, um unser deutschrechtliches Verfahren ohne eine Reform von Grund aus von seinen Gebrechen besonders von den Mängeln der Weitschweifigkeit und Kostspieligkeit zu reinigen? — Ich behalte mir vor, an einem andern Ort diese Frage nach meinen Kräften zu beantworten, und schließe die gegenwärtige Betrachtung mit

den Worten Montesquieu's (Esprit des lois. Préface.) Dans un temps d'ignorance on n'a aucun doute, même lorsqu'on fait les plus grands maux; dans un temps de lumiere, on tremble encore lorsqu'on fait les plus grands biens. On sent les abus anciens, on en voit la correction; mais on voit encore les abus de la correction même. On laisse le mal, si l'on craint le pire; on laisse le bien, si l'on est en doute du mieux.

II.

Von den Intercessionen überhaupt und einigen Arten derselben im Besondern.

Von

Herrn Oberappellationsgerichts-Advokaten Dr. Sintenis in Zerbst.

I.

Bei einiger genauerer Beschäftigung mit der Lehre von den Intercessionen, und bei Nachforschung derselben in den Quellen habe ich die Ueberzeugung gewonnen, daß in den Lehrbüchern des Pandektenrechts und andern davon handelnden Schriften, dieses Rechtgeschäft noch nicht überall eine Aufmerksamkeit und Behandlung gefunden hat, die nicht Vieles zu wünschen übrig ließe. Ich theile meine gewonnenen Ansichten hier darüber mit.

Der Begriff des freiwilligen [1]) Eintretens, der Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit, d. i. des Antheils des Schuldners am Obligationsverhältniß, mittelst besondern Uebereinkommens mit dem Gläubiger aus demselben, gehört gewiß zu den ältesten Ausbildungen der Obligationen im Römischen Rechte. Denn der schon in den Zwölftafeln [2])

1) Es bleiben nemlich alle gesetzlichen und also nothwendigen Uebergänge von Verbindlichkeiten auf Andere ausgeschlossen, z. B. bei Theilungsklagen, vergl. mein Pfandrecht S. 458. [a]) und S. 459.

2) Vergl. deren Wiederherstellungsversuch in J. Gothofr. IV. fontes

vorkommende Vindex, dem bald genug der fidejussor judicii sistendi causa datus folgte [1]), enthalten ihn bereits. Dies ist übrigens sehr natürlich, weil nichts weiter dazu erfordert ward, als eine Stipulation, deren Gegenstand nur die schon bestehende Verbindlichkeit des Andern ist. Das vollendete römische Recht, wie es uns in der Justinianeischen Sammlung vorliegt, hat nun den Begriff der Intercession auf das Vielseitigste und Vollkommenste ausgebildet. Eine eigentliche Nachfolge in die Verpflichtung eines Andern aus einem Obligationsverhältniß ist aber auch dadurch nicht eingeführt, denn sie ist überhaupt nur für den Erben möglich. Mit diesem leidet jedoch auf der einen Seite Der, welcher in eines Andern Verpflichtung eintritt, so wenig eine Zusammenstellung [2]), wie auf der andern eine Gegeneinanderstellung mit dem Cessionar. Denn der Erbe wird mit dem Erblasser als eine Person betrachtet, und der Cessionar übt wirklich das Recht des Cedenten aus, während der dritte Betheiligte, der abgetretene Schuldner, sich dabei nur leidend verhält. Der Grund davon ist der [3]), daß man dem Schuldner die Befugniß zugestehen müßte, über Rechte eines Andern und über seine eigene Verbindlichkeiten zu verfügen, wenn man ihm gestatten wollte, sich in der Obligation einen Andern einseitig zu unterstellen. Daraus folgt nun nothwendig, daß eine Veränderung dieser Art nur durch Hinzutritt des Gläubigers geschehen kann, und so ist zwischen diesem und der zum Obligationsverhältniß neuhinzutretenden Person eine besondere Uebereinkunft, also eine neue Obligation nöthig, deren Ge-

juris T. I. und II. und in Hauboldi Epitome Institut. Jur. R. priv. p. 132. 8. Hugo Rechtsg. S. 278. 10. Aufl. Zimmern röm. Civilprozeß S. 330.

1) Zimmern a. a. O. S. 410.

2) S. Fr. 13. pr. u. 32. pr. *ad Sct. Trebell.* Gleiches gilt vom Erbschaftskäufer, Fr. 19. §. 3. *eod.*

3) Vergl. Mühlenbruch Cession S. 221. (2te Aufl.)

Gegenstand eben die bereits bestehende ist; ohnedieß wäre ein festes Verhältniß mit dem Gläubiger aus der letzten unmöglich [1]). — Da die Intercession in sehr verschiedenen Formen vorkommen kann, die mit der Ausbildung dieses Rechtsbegriffes selbst erst nach und nach dazu benutzt wurden, und die Form im Römischen Rechte früherhin von so großer Bedeutung war, daß das Wesentliche, selbst bei offenbarer Verwandtschaft als untergeordnet erscheinen muß [2]), so finden sich die Materialien zu dieser Lehre in der Justinianeischen Rechtssammlung nicht beisammen, sondern zerstreut. Dennoch aber, und ungeachtet die äußere Erscheinung der einzelnen hierher zu zählenden Handlungen von großer Verschiedenheit seyn kann, halte ich deren innere, materielle Verwandtschaft, welche der Gattungsbegriff, **pro aliis reus fieri** [3]), **alienam obligationem suscipere** und **intercedere** als Kunstausdruck, andeutet, für die Bestimmung zu einer Zusammenstellung derselben in einem wissenschaftlichen System des geltenden Römischen Rechts für entscheidend. Nur muß man sich, wie ich gleich hinzusetze, eben so sehr davor hüten, sie dabei in anderer Hinsicht als eben in jener zu betrachten, weil man sonst allerdings Ungehöriges und Fremdartiges in die Lehre von der Intercession hineintragen würde. Diese innere Verwandtschaft besteht nemlich in der vor jeder andern Art von Obligation auszeichnenden Eigenthümlichkeit, daß der

---

1) Hiernach muß also z. B. die Ueberschrift von Cap. XV. Lib. III. in Muehlenbruch Doctrina Pandectarum: de Successione in aliorum obligationes et maxime in creditorum locum, und namentlich die Nachfolge durch Delegation, welche dort §. 497. sogleich beginnt, nur als eine sehr uneigentliche verstanden werden; denn die Delegation ist nur ein Mittel, durch welches auf den Grund einer selbstständigen neuen Obligation eine ähnliche Wirkung hervorgebracht wird, wie die Singularnachfolge seyn würde, wenn sie möglich wäre.

2) Zimmern Rechtsg. Untersuchungen S. 258.

3) Fr. 2. §. 1. ad *Sct. Vellej.*

Schuldner aus allen hierher gehörigen Obligationsverhältnissen Etwas zu leisten verbindlich wird, was eigentlich eine andere Person leisten sollte, und daß die dabei ausgesprochene, oder sonst bekannte, Rücksicht auf ein fremdes Interesse der Obligation ihre wahre Bedeutung und rechtlichen Charakter giebt, während bei allen andern Obligationen außer dem Interesse der Contrahenten kein drittes betheiligt erscheint, oder darauf wenigstens nichts ankommt.

Bei den bisherigen Behauptungen habe ich zunächst das vor Augen gehabt, was Zimmern [1]) abweichend hiervon lehrt. Obwohl er nemlich die Verwandtschaft der verschiedenen hier gemeinten Rechtsgeschäfte darin anerkennt, „daß sie in einzelnen Fällen Abweichungen und Eigenthümlichkeiten in Wirkungen und Folgen von den allgemeinen Grundsätzen über sie enthalten, welche in dem materiellen Begriff der Intercession zusammenfallen", will er diese Verwandtschaft für einflußlos auf Stellung im System gelten lassen. Ich gebe die Richtigkeit dieses Satzes für die Stellung mancher hierher gehörigen Lehren, z. B. die vom Mandat, vom Constitutum, von der Delegation, im Allgemeinen, d. i. in ihrem gesammten Umfang, natürlich gern zu; denn wer diese darum zusammenstellen wollte, weil mittelst Mandats oder Constituti intercedirt werden kann, der würde eben so handeln, wie der, wer z. B. den Kaufcontract unter den Titel vom Erwerb des Eigenthums bringen wollte. Nur damit bin ich nicht einverstanden, daß man dasjenige aus ihnen, was in die Lehre von der Intercession gehört, da, wo sie sonst im System ihre Stelle finden, umherzerstreut hat, woraus dann die Folge entstanden ist, daß jener Begriff in seiner Hauptbedeutung entweder ganz verloren gegangen, oder viel zu kurz abgefertigt ist, weil die Brocken davon überall umher liegen, oder nur von der negativen Seite

1) A. a. O. S. 255 ff.

(in Bezug auf die Weiber) noch eine Rolle spielt. Ein solches Zerstreuen kann nur in der geschichtlichen Entwickelung und Darstellung des Römischen Rechts an seinem Platze und nothwendige Folge aus den Verschiedenheiten der Form seyn; nur für jene können wir die letztere jetzt noch als entscheidend ansehen, während eine zweckmäßige systematische Ordnung der anzuwendenden Rechtssätze das materiell Verwandte zusammengreifen muß. Dabei ist es völlig gleichgültig, daß die jenen verschiedenen Rechtsgeschäften beigelegten gemeinschaftlichen Folgen nicht durch Nothwendigkeit ihrer innern Natur bedingt, sondern — zum Theil — durch die positive Gesetzgebung hervorgerufen worden sind, da es sich ja eben um die wissenschaftliche Darstellung der letzteren handelt, und doch jene verschiedenen Rechtsgeschäfte zur Erreichung desselben Zwecks, und zwar nicht durch positive Anordnung (was übrigens auch einerlei wäre), sondern durch Bildung des Rechts selbst von innen heraus, wirklich angewendet und bestimmt worden sind. — Ich gebe ferner gern zu, daß eine Behandlung dieser verschiedenen Rechtsgeschäfte nur zu dem Zweck, um solche Resultate zu erzielen, die sich aus deren Natur und wesentlichen Verschiedenheiten von selbst ergeben müssen, allerdings fruchtlos sey; allein wenn man ihre gemeinschaftliche Behandlung aus dem Gesichtspunkte der Gleichheit bei der Intercession unterläßt, so tritt dieser Begriff so in den Hintergrund, daß man über die Theile das Ganze nicht mehr sieht, oder entschwindet auch wohl gar.

Es erhellt hieraus, daß ich mit Zimmern nicht gerade und überall entgegengesetzter Meinung bin, daß er vielmehr nur die Stellung der hier gemeinten Rechtsgeschäfte im System bespricht, während ich das aus ihnen, was der Intercession angehört, bei der Darstellung dieser zusammengegriffen wissen will, und eine richtigere Behandlung dieser im Ganzen verlange, als man sie bisher zu finden pflegt,

ein Umstand, den er unmittelbar nicht berührt; ich bestreite also nur die Anwendbarkeit seiner Gründe auf diesen, welche er freilich nicht ausgesprochen hat, die aber Manchem sehr nahe liegend scheinen könnte, und nach dem übrigen zu schließen, schwerlich von ihm ausgeschlossen worden seyn würde.

Zur Bestätigung dessen, wohin die bisherige Behandlung der Intercession geführt hat, und wie mangelhaft ihre Darstellung ausgefallen ist, wird eine Betrachtung derselben in den besten und gangbarsten neuern Lehrbüchern führen.

Bucher[1]) gedenkt der Intercession im Allgemeinen nur in Bezug auf die Weiber. Nur einmal wird sie zwar gelegentlich als etwas Besonderes genannt: „die Expromission sey eine Art der Intercession"; demungeachtet wird aber diese Art als eine Art der Novation aufgeführt, und von der Gattung wird man nirgends unterrichtet. Denn das, was in Bezug auf die Weiber von ihr gesagt ist, reicht dazu nicht nur nicht aus, sondern ist auch gar nicht darauf berechnet. Dagegen sind die meisten andern Arten gar nicht als solche namhaft gemacht, z. B. die Bürgschaft, die Correalstipulation, das s. g. qualificirte Mandat[2]) und das Constitutum debiti alieni[3]), oder kommen überhaupt gar nicht vor.

Eine richtigere Darstellung hat schon Thibaut[4]), nur kann ich mich von vornherein nicht damit einverstanden erklären, die Intercession unter den Nebenverträgen aufgeführt zu sehen. Man betrachtet freilich mit Recht die Bürgschaft und das Constitutum für einen solchen, und die Pfandbestellung für einen Andern; allein nimmer wird man

1) Recht der Forderungen S. 397 ff. 411. 549. auch [11]).

2) S. 274.

3) S. 304.

4) System des Pandektenrechts §. 939 ff. (der ältern Ausg.)

beweisen können, daß die Delegation, die s. g. Expromission (von beiden wird weiter unten noch ausführlicher gesprochen, indem beide in Bezug auf den Begriff der Intercession vor allem einer Revision bedürfen), das s. g. qualificirte Mandat, die Vertheidigung eines Andern vor Gericht, Nebenverträge seyen. Denn daß sie nicht bestehen würden und könnten, wenn nicht die Obligation eines Andern vorhanden wäre, macht sie ebenso wenig zu Nebenverträgen, als man sie darum bedingte nennen kann. — Dagegen läßt die Eintheilung der Intercession in cumulative und privative und die Ordnung der einzelnen Arten — welche auch nicht vollständig sind, — Genauigkeit und Schärfe vermissen [1]).

Wening-Ingenheim [2]) fällt zum Theil in einen von den Uebrigen gerade entgegengesetzten Fehler, er trägt nemlich unter der Lehre von der Intercession Vielerlei vor, was gar nicht dahin gehört, wodurch man sowohl von der Intercession selbst, als von den unter ihr vorgetragenen einzelnen Lehren eine ganz falsche Vorstellung bekommen muß, so daß auf seine Darstellung alles das Anwendung findet, was Zimmern gegen eine Methode der Art eifert. Nachdem er nemlich, womit ich völlig einverstanden bin, den Begriff der Intercession im Allgemeinen entwickelt hat, und nun zur Aufzählung der einzelnen Arten übergeht, bringt er darunter neben den andern nicht nur das s. g. qualificirte Mandat, und das Constitutum einer fremden Schuld, welche auch meiner Meinung nach allerdings hierher, d. h. getrennt vom eigentlichen Mandat und dem Constitutum, gehören, sondern auch die ganze Lehre von der s. g. Expromission und von der Delegation; über die unrichtige Gegeneinanderstellung und Trennung beider spreche ich weiter unten, hier

1) Vergl. z. B. §. 940. bei ihm mit Wenings §. 85. u. S. 399. des II. Thls. unter 1) a. b. c. d.

2) Lehrbuch des Civilrechts Thl. II. S. 398 ff.

genügt es, zu bemerken, daß man durch Wening offenbar in den Irrthum gebracht wird, daß jede Delegation eine Intercession sey, oder eine solche darin allemal liegen müsse.

Mühlenbruch [1]) trägt die Intercession unter dem Titel de unius obligationis pluribus reis vor; seine Behandlung derselben läßt nach meiner Ansicht nichts zu wünschen übrig, als, daß er die Delegation nicht unter den Intercessionsarten aufzählt, welche dahin unbestritten gehört. Nur möchte noch die schon vorher gedachte Eintheilung und Ordnung der einzelnen Arten zweckmäßiger getroffen werden können.

Ganz verfehlt dagegen ist die Darstellung von der Intercession bei Valett [2]). Unter der Abtheilung Sicherungsverträge (dahin würde doch der Hypothekenvertrag auch gehören?) führt er auf: a. die Bürgschaft, b. Constitutum, c. Expromission und Delegation [3]), d. qualificirtes Mandat, e. Senatusconsultum Vellejanum, unter welchem letztern dann die Intercession erscheint. Diese kann nur natürlich lediglich in Bezug auf die Weiber entwickelt verstanden werden, weil das Vellejanische Senatusconsult nur auf diese sich bezieht, mithin nur von der negativen Seite, und wer das Römische Recht aus dem Valett'schen Buche erlernen will, muß nothwendiger Weise in den Glauben gerathen, daß außer den Weibern Niemand intercediren könne und respective nicht könne, von Männern gültig vorgenommene gleiche Geschäfte aber einen andern Namen haben. Zur Vervollständigung dieser Verwirrung erscheint nun die Intercession als fünfte zu vier schon vorhergehenden

1) Doctrina Pandectar. §§. 482—494.

2) Pandektenrecht §. 582.

3) Ich begreife nicht, wie diese beide als Sicherungsverträge betrachtet werden können; mit demselben Rechte darf man auch die Novation dahin rechnen, und mit noch größerm vermißt man den schon oben genannten Hypothekenvertrag.

Arten der Sicherungsverträge, während wiederum diese vier nachher als Arten der Intercession aufgezählt werden, also als Species neben vier andern Species, welche doch wieder ihr als genus untergeordnet werden. Dabei sind aber diese Species da, wo von ihnen ausführlich gehandelt wird, keineswegs als Intercessionen namhaft gemacht, noch auf eine Eigenschaft ihrer in dieser Beziehung hingedeutet, und so folgt denn die Gattung erst hinter den Arten.

Nach meiner Meinung ist es methodisch richtig, gleich der Cession, die Intercession im System des Obligationenrechts als einen Anhang zu behandeln, und zwar wegen der sie vor jeder andern Art von Obligationen auszeichnenden Eigenthümlichkeit, deren Seite 4. gedacht ist. Die Anordnung des Stoffs scheint am richtigsten so getroffen zu werden:

Die Intercession kommt vor:

I. so, daß der Intercedent allein und ausschließlich für eine schon bestehende fremde Obligation verpflichtet wird, also geradezu in die Stelle des Schuldners aus derselben tritt. Dieß kann geschehen:

a) durch Stipulation cum amino novandi, gemeiniglich Expromission genannt.

b) durch Delegation.

II. So, daß er in eine erst neu entstehende Obligation für einen Andern so eintritt, und daß dieser gegen den Gläubiger aus derselben außer aller Berührung bleibt. Dieß geschieht durch:

a) Eintritt in einen Contract als Selbstschuldner, während ein Anderer eigentlich der Hauptinteressent ist [1]).

b) Vertretung eines Andern vor Gericht, so daß

---

1) Fr. 8. §. 14. u. Fr. 29. pr. *ad Sct. Vellej.* C. 4. 19. *eod.*

durch die Condemnation eine Novation erfolgt, aus welcher der Vertreter Schuldner wird[1]).

c) durch Compromiß auf schiedsrichterliches Ermessen in Angelegenheiten eines Dritten.

III. So, daß der Intercedent zu einer fremden Verbindlichkeit in der Art hinzutritt, daß er eine darauf bezügliche neue Obligation eingeht:

1) selbstständig und principal — als correus debendi.

2) nur zur Unterstützung der andern Obligation, — dieß geschieht durch: a) Bürgschaft, b) Constitutum für eine fremde Schuld, c) s. g. qualificirtes Mandat, d) Verpfändung seiner Sache für einen Andern.

Die unter I. und II. gestellten Arten werden auch privative oder principales genannt, d. h. durch die der Schuldner völlig befreit werde, und die unter III. cumulative oder accessorische. Diese Eintheilung ist richtig, wenn man befreit werden auch von Dem versteht, der noch gar nicht verpflichtet war (es aber geworden seyn würde, sobald nicht ein Anderer eintrat, wenn das Geschäft nicht unterbleiben sollte). Es paßt nemlich sonst die Art unter II. a. nicht hierher. Ueberhaupt findet man auch in der Aufzählung der Arten der privativen und cumulativen Intercession bedeutende Abweichungen[2]); ich habe sie so angenommen,

---

1) Fr. 2. §. 5. *ad Sct. Vellej.* — Defensor subeundo condemnationem intercedit.

2) S. z. B. Wening a. a. O. S. 399. Dieser hat zur privativen Intercession die vorher unter I. und II. aufgezählten Arten, mit Ausnahme des Compromisses, was bei ihm ganz fehlt. Bei Mühlenbruch l. c. §. 483. fehlt dagegen die Delegation, denn diese kann nicht wohl unter der Expromission mitverstanden werden. Bei Malett §. 502. fehlt aber die Art unter II. a. u. c. Bei Thibaut a. a. O. §. 940. ist nur „Expromission, Delegation und auf andere Art“ genannt.

wie ich sie für richtig erkenne. Dahingegen ist die Unterabtheilung der cumulativen in subsidiäre und nichtsubsidiäre [1]) darum verwerflich, weil die einzige zu der letztern gezählte, die Intercession durch Eintritt als correus, dieselben Rechtswohlthaten genießt, welche den übrigen Arten die Eigenschaft des Subsidiären verleihen. Ich habe statt dessen die Abtheilung der cumulativen in selbstständige und nichtselbstständige für richtiger gehalten.

II.

Nach diesen Vorbemerkungen schreite ich zur Entwickelung des Begriffs und des Wesens der Intercession; das Material dazu und die Grundzüge finden sich zwar mehr oder weniger vollständig in den bisher genannten Handbüchern des Pandektenrechts [2]), allein doch nur so weit es in ihnen überhaupt erwartet werden kann.

Die Aufstellung des Begriffs der Intercession ist nicht leicht, nemlich wenn er so geschehen soll, daß alle Arten der Intercession darunter passen. Dieß erreicht von den mir bekannten Begriffsbestimmungen keine einzige [3]). Ich möchte

1) Nach Thibaut, Valett und Glück XIV. S. 445 ff., s. dagegen Mühlenbruch a. a. O.

2) Etwas mehr hat Glück a. a. O., doch alles nur unter dem Titel ad Sct. Vellejanum, und also mehr negativ entwickelt.

3) Valett giebt sie so: „J. sey das Versprechen, die Verbindlichkeit eines Andern übernehmen zu wollen, sey es eine künftig erst sich erzeugende, oder eine schon existirende." Das ist aber unrichtig, denn danach wäre ja die J. nur ein Pactum de contrahendo. Nach Wening ist J. ein Rechtsgeschäft, durch welches man freiwillig die Verbindlichkeit eines Andern übernimmt. Mühlenbruch bestimmt: Intercessio generatim dicitur conventio, qua quod alius debet, alius in se recipit solvendum. Thibaut versteht unter J. die Erklärung, wodurch Jemand die vorhandene oder künftige Verbindlichkeit eines Andern zu dessen Vortheil freiwillig übernimmt. Allein unter

sie so fassen: „Intercession ist eine Handlung [1]), wodurch Jemand eine Verbindlichkeit jeder Art für einen Andern ohne eigenes Interesse und Verpflichtung dazu in der Art mit Wissen des Gläubigers übernimmt, daß nun entweder nur die neue Obligation oder nach Umständen diese als eine zweite neben der des Andern über denselben Gegenstand besteht [2]).“ Die Erfüllung der Verbindlichkeit geschieht also auf den Grund dieser Uebernahme, dieses Eintretens. **Hierin liegt das Wesentliche der Intercession, welches nie fehlen darf.** Geschieht die Leistung, welche Gegenstand

---

keine läßt sich der Fall von oben unter II. a. fügen. Die zu wählenden Ausdrücke müssen also mit größerer Sorgfalt abgewogen werden. Ich gebe meine eigene Begriffsbestimmung selbst für keine vollkommene aus, indem dabei soviel zu berücksichtigen ist (s. z. B. nachher oben unter 2.), daß dieselbe beinahe in Umschreibung ausarten muß.

1) Bestimmter läßt sich diese nicht ausdrücken. Namentlich darf man nicht sagen: Uebereinkunft. Denn wenn auch zuletzt die Haftung des Intercedenten aus einer solchen stillschweigenden erklärt werden mag, so geht doch keineswegs eine solche in allen Fällen voran, sondern es genügt dazu eine Handlung allein, z. B. oben unter II. a. b. III. 2. e. Die Intercession liegt denn in deren Wesen.

2) Es ist bekannt, daß eine große Zahl der Beweisstellen zur Lehre von den Intercessionen in dem Titel ad Sct. Vellej. vorkömmt, also dort alle auf einen negativen Gesichtspunkt gerichtet sind; sie sind demungeachtet per argumentum e contrario von allgemeiner Anwendbarkeit. **Nur beachte man dabei den Unterschied, ob, wenn das *Sct. Vellej.* ausgeschlossen ist, die Intercession besteht, oder ob deren Begriff ganz wegfällt. Mithin ist nicht stets dann keine Intercession vorhanden, wenn das *Sct.* ausgeschlossen ist,** (s. z. B. Fr. 21. pr. *ad Sct. Vellej.*) sondern öfters eine solche, welche Frauen gültig vornehmen können. Für den Begriff der Intercession überhaupt ist der Werth dieser Stellen ein allgemeiner, weil sich ihr allgemeiner Charakter nicht läugnen läßt. Freilich aber mag in jener Erscheinung die Veranlassung zu suchen sein, daß Viele auch im System die Lehre von den Intercessionen nur in Rücksicht der Weiber vorgetragen haben, also nur deren negative Seite; s. hierüber Valett a. a. O. S. 182. Anm. 31., der aber dennoch jenen Fehler selbst begeht.

einer fremden Verbindlichkeit ist, ohne Uebernahme der letztern, so ist dieß keine Intercession, sondern etwas Anderes, Solution. Dieselbe erfordert ferner das Abhandensein eines Interesse des Intercedenten. Hiernach fällt nun der Begriff der Intercession weg:

1) Wenn man die Schuld eines Andern ohne vorherige Uebernahme einer Verpflichtung dazu sofort tilgt, es sei durch Zahlung, Angabe einer Sache an Zahlungsstatt, Delegation eines Schuldners [1]), Anweisung des Preises einer zu dem Ende verkauften Sache, oder wie es sonst sei. Darüber sprechen:

Fr. 5. pr. *ad Sct. Vellej.* — **Nec interest, pecuniam solvendi causa numeret, an quamlibet suam rem in solutum det; nam etsi vendiderit rem suam, sive pretium acceptum pro alio solvit, sive emtorem delegavit creditori alieno, non puto Senatusconsulto locum esse. C. 9.** *eod.* — **Quamvis mulier pro alio solvere possit, tamen si praecedente obligatione, quam Senatusconsultum de intercessionibus efficacem esse non sinit, solutionem fecerit, ejus Senatusconsulti beneficio munitam se ignorans, locum habet repetitio.**

Fr. 4. §. 1. *eod.* [2]) — **Fr. 21. §. 1.** *eod.* — **Fr. 8. §. 5.** *eod.* — **C. 1.** *eod.* — **Mulieribus quidem, quae alienam obligationem suscipiunt, vel in se transferunt, si id contrahentes non ignorent, Senatusconsulto subvenitur, sed si pro aliis, quum obligatae non essent, pecuniam exsolverint, intercessione cessante, repetitio nulla est. — C. 4.** *eod.*

---

1) Diese steht der Zahlung gleich. Fr. 8. §. 3. *eod.*

2) Aus dieser Stelle u. C. 9. vorher ist ersichtlich — vergl. die Anm. 2. von S. 49. — daß in Fr. 5. pr. *d.* das gänzliche Abhandensein des Begriffs der Intercession gemeint ist, nicht blos Ausfall des Senatsbeschlusses.

In Fr. 32. §. 2. *eod.* haben Manche[1]) einen Widerspruch gefunden und weitläuftige Erklärungen versucht: **Item si mulier creditori viri fundum vendidit et tradidit ea conditione, ut emtor acceptam pecuniam viro referret, et hunc fundum vindicat, exceptio quidem opponitur ei de re emta et tradita, sed replicabitur a muliere, aut si ea venditio contra Sct. facta sit. Et hoc procedit, sive ipse venditor emerit, sive interposuerit alium, quo mulier ea ratione careat re sua. Idem est, etsi non pro viro, sed pro alio debitore rem suam tradidit.** Allein es liegt ja klar genug in den Worten der als möglich denkbaren Einrede, daß nicht der Verkauf des Landgutes und Angabe in solutum für den Ehemann hier die Intercession enthalten, sondern das vorangegangene Geschäft, in Folge dessen eben jener Verkauf geschah. Es ist also von zwei ganz verschiedenen Handlungen die Rede, und kein Widerspruch möglich.

Muß man sich hingegen, um zu zahlen, oder eine Handlung von gleicher Wirkung hervorzubringen, erst einem Andern obligiren, so ist allerdings wiederum eine Intercession geschehen[2]). Hierher gehört folgender verwickelter Rechtsfall:

Fr. 19. §. 5. *eod.* — Quum haberes Titium debitorem, et pro eo mulier intercedere vellet, nec tu mulieris nomen propter Sctum sequereris, petiit a me mulier mutuam pecuniam solutura tibi et stipulanti mihi promisit, ignoranti, in quam rem mutuaretur; atque ita numerare me tibi jussit, deinde ego, quia ad manum nummos non habebam, stipulanti tibi promisi; quaesitum est, si eam pecuniam a muliere petam, an exceptio Senatusconsulti ei prosit? Respondit, videndum, ne non sine ratione dicatur, ejus loco, qui pro muliere fidejusserit, haberi me debere, ut, quemadmodum illi, quam-

---

2) S. die in Anm. f) bei Wening a. a. O. S. 398. Genannten.

1) Fr. 28. §. 1. *eod.*

vis ignoraverit mulierem intercedere, exceptio adversus creditorem detur, ne in mulierem mandati actio competat, ita mihi quoque adversus te utilis exceptio detur, mihique in mulierem actio denegetur, quando haec actio periculo mulieris futura sit. Et haec paulo expeditius dicenda, si priusquam ego tibi pecuniam solverim, compererim eam intercessisse. Ceterum si ante solverim, videndum, utrumne nihilominus mulieri quidem exceptio adversus me dari debeat, et ego tibi condicere pecuniam possim, an vero perinde habendum sit, ac si initio ego pecuniam mulieri credidissem, ac rursus tu mihi in creditum isses; quod quidem magis dicendum existimavit, ut sic Scto locus non sit, sicuti et quum debitorem suum mulier deleget, intercessioni locus non sit. Quae postea non recte comparari ait; quando delegatione debitoris facta, mulier non obligetur, at in proposito alienam obligationem in se transtulerit, quod certe Senatus noluerit.

Diese Stelle ist nach meiner Ansicht bisher von den ältesten bis auf die neuesten Ausleger [1]) mißverstanden worden; man glaubte sie nicht anders, als von einer Vermischung der Ansichten Julians (der im ersten §. dieses Bruchstücks einmal vorkommt, — wahrlich wenig Grund, um ihn im 5. §. wieder zu finden!) und Africans erklären zu können, wobei man aber doch immer noch annehmen mußte, daß beide darüber geschwankt hätten, und das Gesetz ohne Vereinigung beider Ansichten schließe. Denn daß nach ihrer Meinung das quae postea non recte comparari etc. völlig sinn- und zusammenhanglos dastehe, ist ganz unbestreitbar, es wird nemlich damit der vorher angewendete Entscheidungsgrund zerstört. Woran sind wir nun? — Ich

1) Von den Glossatoren durch Cujac. Op. T. I. p. 1298. und Glück XV. S. 11. [21]) ff. bis auf den Uebersetzer im deutschen Corpus Juris. Letzterer (Treitschke) folgt Glück'n.

meine, daß man den Sinn des letzten Satzes und sein Verhältniß zu dem Vorangehenden noch nicht begriffen hat; sobald dieser richtig verstanden wird, ist die ganze Sache klar, und die Entscheidung des Falls ebenso einfach, als der Sache angemessen. Ich werde dieß nach meiner Gewohnheit in einer paraphrasirten Uebersetzung zeigen, wobei ich nur im Voraus bemerke, daß es völlig einerlei ist, ob man annimmt, daß Julian oder Afrikan rede, indem kein Wechsel zwischen ihren Ansichten vorwaltet, noch eine Berichtigung, sondern die ganze Beantwortung der aufgeworfenen Frage hinter einander fortgeht. Der Fall ist folgender: Titius ist Schuldner des Cajus, und für ihn will eine Frau bei letzterm intercediren; Cajus will sich aber aus Besorgniß vor dem Senatsbeschluß nicht mit ihr einlassen. Diese geht nun, um die Sache gleich durch Zahlung abmachen zu können, mich um ein Darlehn an. Hierüber kommt zwischen uns eine Stipulation zu Stande, und ohne daß ich den weitern Zusammenhang der Sache und ihre Absicht dabei kenne, heißt sie mich, das Geld an Cajus zu zahlen. Da ich in dem Augenblick aber selbst nicht bei Gelde bin, obligire ich mich diesem Statt dessen mittelst Stipulation. — Nun entsteht die Frage, ob, wenn ich später die Frau auf Zahlung aus meiner Stipulation mit ihr belange, mir die Einrede des Senatbeschlusses entgegenstehe? — Hierauf lautet die Antwort so: „Es dürfte allerdings den Anschein haben, als wenn ich hier einem Bürgen für die Frau ganz gleichstehe, woraus folgen würde, daß, wie diesem, wenn er auch von der Intercession der Frau nichts gewußt, die Einrede wider den Gläubiger ertheilt werde, damit nicht die Frau unter der Mandatsklage des Bürgen leide, auch mir wider Cajus eine analoge Einrede zu Statten komme, und mir die Klage gegen die Frau versagt werde, weil diese offenbar auf deren Gefahr gehe. Indessen könne dieß mit Sicherheit doch nur für den Fall behauptet werden, wenn ich von dem Vorhan-

sein einer Intercession früher unterrichtet worden sei, als ich an Cajus gezahlt habe. Hätte ich hingegen schon Zahlung geleistet, und dann erst von der Intercession etwas erfahren, so gewinne die Frage, ob nun auch noch der Frau die Einrede gegen mich Statten komme, und ich gegen Cajus die Condiction (indebiti) erheben könne, ein ganz anderes Ansehen, und es frage sich vielmehr, ob nicht die Sache von der Seite zu betrachten sei, als habe ich von vornherein der Frau creditirt, und Cajus mir? — Hierfür spreche nun offenbar viel mehr, so daß also der Senatsbeschluß eben so wenig Platz ergreife, als wenn die Frau ihren Schuldner delegirt hätte; ein Vergleich, der, wenn ich, nachdem mir die Intercession schon bekannt geworden, (so hier postea im Gegensatz zu dem vorherigen ante und in Zusammenhalt mit prius!) erst Zahlung geleistet, darum nicht Platz ergreife, weil die Frau, welche einen Schuldner delegirt, sich nicht intercedendo obligirt, in jenem Fall aber allerdings eine fremde Obligation auf sich genommen haben würde, was dem Willen des Senats gewiß zuwider gewesen wäre."

Bei der Entscheidung dieses Falls durch die angeordnete Unterscheidung liegt also der einfache Satz zum Grunde: daß der infirmitas und nicht der calliditas, den deceptis und nicht den decipientibus geholfen werden solle (Fr. 2 §. 3. *eod.* coll. Fr. 4. pr. *eod.*). Wenn mithin der Gläubiger der intercedirenden Frau, dem sie sich verpflichtet hat, um eben intercediren zu können, von dieser Absicht bei der Zahlung an den, an welchen sie ihm diese zu thun geheißen, nichts weiß, so kann sich die Frau mit der Einrede nicht schützen, und es ist dann ein Fall vorhanden [1]), wo die Intercession der Frau gültig und wirksam ist. Hat er es aber noch zur rechten Zeit erfahren, so hat er wegen der vorwaltenden Intercession eine analoge Einrede, wie die Frau, weil

1) Siehe Anm. 2. S. 49.

er deren Bürgen dann gleich geachtet wird; hat er dennoch gezahlt, so ist es seine Schuld, daß er jene nicht vorschützte, und die Zahlung auf seine Gefahr geschehen.

2) Das zum Begriff der Intercession erforderliche und ihn entscheidende Eintreten in eine fremde Verbindlichkeit bringt es mit sich, daß er wegfallen muß, wenn es für eine andere Person a. in einer solchen Sache geschieht, wo man eigentlich sein eigenes Geschäft führt, und man also der Person, deren Verbindlichkeit man übernimmt, entweder ohnedieß dazu verpflichtet war, oder dadurch nur seiner eigenen Obliegenheit gegen seinen Gläubiger genügt, und b. wenn man dabei seinen eigenen Vortheil wahrnimmt, und sein eigenes Bestes besorgt [1]). Als Beispiele seien genannt: Vertretung im Prozeß (mit Uebernahme der Verurtheilung auf sich selbst) Dessen, der, wenn er verurtheilt worden, den Regreß an die vertretende Person gehabt hätte, wie die des Bürgen [2]); — wenn man sich correaliter mit einem Andern verpflichtet, um von einer gemeinschaftlichen Sache einen drohenden Schaden abzuwenden; — wenn man seinem eigenen Gläubiger eine andere Person verpflichtet, und dabei für diese gutsagt [3]), dieß auch für den Bürgen [4]); — wenn man Geld von Jemand bekommen, um es an dessen Gläubiger entweder sogleich zu zahlen, oder für ihn zu expromittiren [5]); — wenn man sich von Jemand Geld für einen Dritten zahlen läßt, und von jenem stipulirt, daß dieser die Zahlung genehmige [6]); — wenn man die Schulden einer

1) Fr. 17. §. 2. *eod.*

2) Fr. 8. pr. *eod.*

3) Fr. 27. §. 2. *eod.* C. 2. *eod.*

4) Fr. 13. pr. *eod.*

5) Fr. 16. pr. u. 22. *eod.*

6) Fr. 15. *ad Sct. Vellejan.*, denn die Klage ex stipulatu betrifft dann nur ein reddere.

verkauften Erbschaft auf sich überschreiben läßt [1]; — wenn man sich dem Gläubiger seines Gläubigers, oder für jenen bei einem Vierten verpflichtet. Doch muß in diesem Fall Befreiung des mit oder ohne animus novandi Handelnden gegen den eigenen Gläubiger eintreten (wozu also die Zuständigkeit und die Begründung der Geschäftsführungsklage nicht ausreicht), weil ohnedieß der Begriff der Intercession allerdings bestehend bleibt [2]. (Vergl. noch den Fall des Eintritts in einen fremden Contract nachher unter VII.)

Die Gesetze selbst geben hierfür den Grund an, daß die Verbindlichkeit nur prima facie eine fremde scheine, in der That aber eine eigene sei [3], und der Handelnde suum negotium gerere, oder suam obligationem suscipere.

3) Der Begriff der Intercession fällt endlich dann weg, wenn man freiwillig für einen Andern die Gefahr gegen Dritte übernimmt, welche jener hätte tragen müssen, und zwar nicht bloß, wenn man ihn zu der Handlung erst dadurch veranlaßt hat, woraus jene entspringen konnte [4]. Dann ist nemlich entweder, wie es heißt, weder eine alte noch eine erneuerte, sondern eine eigene selbstständige Obligation vorhanden, oder der Begriff der Intercession darum ausgeschlossen, weil man nicht apud eundem pro eo ipso intercediren kann. Sobald daher eine andere bestimmte Beziehung der Stipulation oder Convention möglich ist, d. h. auf die Obligation des Andern gegen einen Dritten, so macht sich auch der Begriff der Intercession geltend, während in jenen Fällen nur Mandat oder Stipulatio indemnitatis vorhanden ist. Der Unterschied ist also hier nach Umständen

1) *eod.*

2) Fr. 24. pr. u. C. 2. *eod.* Letztere Stelle ist hiernach zu verstehen, s. dazu Cujac. l. c. p. 1298.

3) Fr. 13. *d.*

4) Fr. 8. §. 1. *eod.*

zuweilen sehr fein, wie die in den Gesetzen vorkommenden Beispiele ergeben werden.

Betrachten wir zuerst das, wenn man die Vormünder eines Unmündigen gegen das Versprechen der Schadlosstellung dazu veranlaßt, dessen Grundstücke nicht zu verkaufen. Daraus entspringt eine Verpflichtung zur Vertretung der dem Vormunde daraus erwachsenden Nachtheile, allein nicht in Folge einer Intercession — denn für welche andere Obligation wäre eine solche geschehen? — sondern einer einfachen Stipulatio indemnitatis, oder eines Mandats [1]. —

Gleiches gilt dann [2], wenn man den Erben eines Andern zum Antritt seiner Hinterlassenschaft beredet, und ihm Schadloshaltung verspricht, weil er besorgt, daß der Nachlaß verschuldet sei, — denn hier würde ebenfalls der Begriff einer Intercession apud eundem pro eo ipso eintreten, welcher ein Unding ist [3]; eben so wenig ist dann Intercession anzunehmen, wenn in diesem Fall sich daraus Nachtheil ergiebt, daß die Erbschaftsschuldner nicht zahlen können [4]; denn es ist nichts weiter, als Unversehrtheit der Erbschaft gelobt worden. Hier sind wir aber auch an der äußersten Gränze angekommen; wäre nemlich, um das Beispiel des Erbschaftsantritts mit den Gesetzen festzuhalten, die Erbschaft darum ausgeschlagen worden, weil der Erbe die Schuld-

---

1) S. Cujac. Opp. T. I. p. 1294 seqq.

2) Fr. 19. pr. eod.

3) Auch der Fall wird so entschieden, wenn der Vormund zusammen mit dem Mündel eine Erbschaft thut und seinerseits diese hat ausschlagen wollen, von einem Andern ihm aber mandirt worden, die Erbschaft für sich anzutreten, und für den Mündel auszuschlagen, dafern letzterer ihn nachher deßhalb mit Erfolg angreift, Fr. 19. §. 1. *eod.* (ich lese darin *cum* paterna hereditate *se* abitinere vellet, nach der Vulgate — s. z. B. die Ausgabe von de Tortis 1490. und die von Tridino de Monteferrato 1491 — was gewöhnlich nur dem Haloander zugeschrieben wird.)

4) Fr. 19. §. 2. *eod.*

ner für zahlungsunfähig hielt, und hätte dann ein Anderer ihm dafür gut zu sein versprochen, was er weniger, als der Nennbetrag ausweist, daraus gelößt haben werde, so ist eine Intercession geschehen [1]); denn hier sind es die Nomina der Schuldner, für welche intercedirt wird. Ebenso verschieden von den erstgedachten Fällen ist hierin der, wenn Jemand, der eine ihm angetragene Vormundschaft ablehnen will, zu deren Annahme von einem Andern durch das Versprechen der Schadloshaltung bestimmt wird [2]), oder wenn man sich überhaupt gegen die Zusage, man wolle alle Gefahr übernehmen, darum bemüht hat, Vormünder für Unmündige zu erhalten [3]); denn der Begriff einer Schadloshaltung in diesen Fällen ist nur rücksichtlich der Erstattung von Auslagen oder der Gewährung dessen denkbar, was der Vormund künftig etwa mit der Vormundschaftsgegenklage zu fordern berechtigt werden möchte, mithin wird für den künftigen Schuldner, den Mündel, intercedirt [4]). Wäre hingegen der

1) *Prope est*, ut intercessio sit, Fr. 19. §. 4. *eod.* ist bestimmt bejahend, und erklärt sich aus der Redeweise der Römischen Rechtsgelehrten.

2) C. 6. §. 1. *eod.* Sin autem tutore se excusare volente, ipse se interposuit indemnitatem ei repromittens, auxilio Scti uti minime prohibetur.

3) C. 6. §. 2. *eod.* Si vero tutores petiit et sponte periculum suscepit, quominus teneatur, auctoritas eam juris tuetur. Die Glosse versteht diese Stelle von einer intercessio *pro* tutoribus, und also apud pupillum. Könnte sie so verstanden werden, so würde dieß an dem Gebrauch, den ich oben im Text von ihr mache, zwar im Geringsten nichts ändern; allein ich sehe nicht wohl ein, wie dieses Geschäft hier zur Ausführung kommen soll, — denn wer soll von dem Intercedirenden stipuliren, da es der Unmündige doch nicht kann? Darf man als denkbar annehmen, daß ein Curator stipulire, so habe ich nichts dagegen.

4) Die Entschädigung dafür, was der Vormund durch die directe Klage etwa leisten müßte, kann darum nicht verstanden werden, weil er dann wegen eigener Culpa und Dolus Entschädigung zu fordern berechtigt würde.

Fall von der Art, daß der, welcher die Verwaltung eines Mündelvermögens hat, den Vormündern deßhalb Sicherheit gelobt, Bürgen stellt, u. s. w., um ihm jene zu lassen, so ist wieder keine Intercession vorhanden, sondern eine eigene, den Versprechenden selbst und allein betreffende Verbindlichkeit [1]).

4) Der Verzicht auf Rechte [2]), z. B. ein Pfandrecht, ist so wenig eine Intercession, wie eine Schenkung [3]) oder ein Erlaß, auch wenn er zu einem solchen Zweck geschähe, wie ihn eine Intercession zu haben pflegt. — Neben der Uebernahme einer fremden Obligation, welche übrigens von jeder Art und Beschaffenheit sein kann, sobald sie gültig ist, und jene geschehe **verbis, re,** oder **quocunque alio contractu** [4]), wird aber zur Herstellung des Begriffs der Intercession mit seinen Folgen noch erfodert, daß der andere Contrahent, mit dem der Intercedent contrahirt, also der Gläubiger, w i r k l i c h w e i ß, daß eine Intercession vorsei, oder die Handlung dessen, mit dem er contrahirt, auf die Obligation eines Dritten Bezug habe, und **cui contrahatur.** Das Nichtwissen dieses Umstandes, der jedoch nur das Thatsächliche begreift, weßhalb ein Rechtsirrthum keineswegs ihm gleichzustellen ist, schließt den Begriff der Intercession aus, während die geschehenen Handlungen übrigens a n s i c h ihre

---

1) pr. ej. Constit. s. die G l o s s e zu ihr.

2) Fr. 8. pr. *eod.* C. 11. 21. *eod.* — Eine singuläre Erscheinung darf es wohl genannt werden, wenn es Fr. 17. §. 1. *eod.* heißt: Si mulier dixisset, sibi rem datis nomine obligatam, et creditor curasset, ei pecuniam datis solvi, qui idem pignus acciperet, mulieri etiam pecunia credita deberetur, si possessor creditor adversus eam Serviana agentem exciperet, si non voluntate ejus pignus datum esset, replicationem mulieri Scti non profuturam, nisi creditor scisset, etiam aliam pecuniam ei deberi. Zur Erklärung dieser Stelle s. m e i n Pfandrecht S. 680.

3) Fr. 4. §. 1. *eod.* — Das verbindende Proinde dieses §. mit dem Anfang dieser Stelle ist nichtssagend.

4) Fr. 2. §. 4. *eod.*

gewöhnliche vertragsmäßige rechtliche Wirkung haben, und die nur gehabte, aber dem Gläubiger nicht bekannt gewordene Absicht des Intercedenten in keinen Betracht kommt[1]), — imo tunc Scto (Vellejano), heißt es, locus est, quum *scit* creditor, eam (Feminam) intercedere. Das Wissen kann also im Wesentlichen für den Gläubiger keinen Werth haben; denn wer sich ihm für eines Andern Verbindlichkeit verpflichtet, so daß er nicht weiß, daß darin eine Intercession liegt, ist ihm nur um so fester verpflichtet, da nun die Gültigkeit der Intercession gar nicht in Frage kommen kann. Das Wissen ist also mehr von negativer Bedeutung, und nur für den Begriff der Intercession von Werth. Die meisten Intercessions**arten** werden dieses Erfoderniß schon ihrer eigenen sonstigen Natur zufolge von selbst mit sich vereinigen; es wird beinahe allein in dem Fall, da man in einen Contract als Selbstschuldner eintritt, und ein Anderer eigentlich die Hauptperson ist, und bei manchen Delegationen, (s. S. 54.) von größerer und besonderer Bedeutung werden, während es übrigens schon in der Natur des jedesmaligen Geschäfts selbst liegt, weil dieses als solches ohnedieß nicht gedacht werden kann. Das Wissen des Gläubigers ist jedoch natürlich nur insofern entscheidend, als der ihm bekannt gewordene Bestimmungsgrund zur Eingehung des Rechtsgeschäfts mit ihm **dieses selbst charakterisirt**. Die bloße nachherige Verwendung des Gegenstandes eines Contracts, wie eines aufgenommenen Darlehns zum Besten eines Dritten bringt also jene Folge so wenig hervor, als natürlich die Bekanntschaft des Gläubigers mit dem bei Contrahirung des Geschäfts selbst vorwaltenden Zweck des Schuldners zum Besten eines Dritten, **nicht an sich allein** Grund einer Intercession ist, wenn diese nicht sonst in der Natur des Ge-

1) Fr. 4. pr. 11. 12. *eod.* besonders Fr. 17. pr. *eod.*

Geschäfts liegen kann. So z. B. wenn eine Frau ein Darlehn aufnimmt, um es zu des Mannes besten zu verwenden, oder es einem Andern zu leihen; selbst wenn dem Gläubiger hier recht wohl bekannt ist [1]), zu welchem Behuf jenes geschieht, so ist dieß doch keine Intercession [2]). Das Ge-

1) C. 13. *eod.* Fr. 11. *eod.* — Wenn es im letztern auch heißt: si tanquam in usus suos pecuniam acceperit alii creditura, non est locus Scto etc., so darf man doch nicht e contrario daraus schliessen, daß, wenn der Darleiher wisse, daß sie einem Andern creditiren wolle, umgekehrt schon wegen des Wissens allein eine Intercession nun vorhanden sei, und als sei dort eine absichtliche Täuschung oder Verheimlichung gemeint, die jenen Begriff nur ausschließe; denn dem widerspricht nicht nur C. 13. *d.* geradezu, wo derselbe vielmehr darum ausgeschlossen wird, weil alles juxta fidem veri zugegangen ist, sondern sobald, wenn man mit einem Gläubiger gleichviel zu welchem Zweck contrahirt, weder ein Bezug auf eine fremde Obligation, noch vielleicht eine solche überhaupt schon vorhanden ist, wie könnte denn da eine solche übernommen, oder intercedirt werden? Es kömmt, wie Baldus sagt, nicht darauf an, qualiter utatur mutuo, sondern qualiter contrahatur. — Der Fall in Fr. 29. *eod.* ist ein ganz anderer, dort hat der Gläubiger mit einem Andern contrahiren wollen, aber weil er dessen Zahlungsfähigkeit nicht getrauet, vorgezogen, anstatt mit ihm, mit einer Frau zu contrahiren, die sich dazu hat bereit finden lassen, und so ist also das Geschäft in der That durch eine Mittelsperson und nicht juxta fidem veri zu Stande gekommen, und es sind drei Personen handelnd aufgetreten. — Ebenso verschieden ist der Fall in Fr. 28. §. 1. *eod.*, der unter die Seite 51. gelehrte Ausnahme fällt, daß Zahlung fremder Schuld dann eine Intercession sei, wenn man sich deßhalb einem Andern obligiren müsse. In dieser Handlung liegt nur, wenn es der Gläubiger weiß, eine Intercession; weiß er es nicht, so ist ein ganz einfacher Darlehnsvertrag vorhanden.

2) Man findet dieß auch so vorgetragen, es sei keine Intercession vorhanden, wenn bei solchen Contracten animo donandi gehandelt worden, oder der Gläubiger nichts davon wisse u. s. w., s. Balett a. a. O. S. 183., allein das ist entweder ungenügend, oder unrichtig; denn man kann dies einander nicht entgegensetzen, obwohl in beiden Fällen keine Intercession vorhanden ist. Sobald nemlich nicht für, d. h. an Stelle eines Andern contrahirt ist, so ist keine Intercession geschehen, also auch nicht, wenn der Gläubiger weiß, daß der Andere, dem er

schäft besteht hier juxta fidem veri, wie es in den Gesetzen heißt, als ein besonderes für sich, und nur wenn in dieser Hinsicht eine Bemäntelung der Wahrheit dessen, was wirklich geschehen sollte, Statt gefunden, wird die Wissenschaft des Gläubigers entscheidend für den Begriff der Intercession, und also wider deren Statthaftigkeit von Seiten einer Frau.

III.

Wirkung und Folgen der Intercession.

Die unmittelbare Wirkung der Intercession ist im Allgemeinen die, daß der Intercedent die übernommene Verbindlichkeit erfüllen muß. In den Fällen, wo neben der neuen Obligation des Intercedenten gegen den Gläubiger die ältere bisher bestandene dessen, für den intercedirt wird, fortdauert, jene also nur zur Aushülfe dient, hängt jedoch nicht nur die Gültigkeit der neuen Obligation, sondern auch ihre ganze rechtliche Beschaffenheit von der der Hauptverbindlichkeit ab, und alles, was für diese gilt, gilt auch für jene[1]). Als Grund darf der treffende Satz[2]) angeführt werden: quoniam per ejusmodi actiones ad reum pervenitur. Darum kann also eine ungültige Obligation nicht durch eine solche Unterstützung aufrecht erhalten werden, weil jene dadurch mittelbar wieder zu Kräften käme.

Etwas Anderes wäre es aber, wenn eben die Absicht bei der Intercession darauf ging, den Mangel der andern Obli-

---

ein Darlehen vorschießt, dies nur zu dem Zweck aufnimmt, um es an einen Andern zu verleihen; s. die vor. Anm.

1) Fr. 1. §. 2. *de V. O.* Fr. 29. 46. *de Fidejuss.* Man kann auch noch den locus communis anführen. Quum principalis caussa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent. Fr. 178. *de R. J.* und Fr. 179. §. 1. *eod.*

2) In Fr. 46. *d.*

gation zu ersetzen. Sobald dann die Hauptobligation nur nicht ungültig ist, so daß die *Condictio* wegen Nichtschuld begründet wäre, — denn die Regel in Betreff ungültiger Obligationen kann freilich keine Ausnahmen leiden, — kann der Intercedent zur Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit genöthigt werden [1]). Darum ist also die Intercession in Bezug auf eine natürliche Obligation, vollgültig und klagbar [2]).

Da jede Intercession nach Verschiedenheit des Einzelfalls entweder auf Mandat beruhet, oder eine *Negotiorum gestio* in sich begreift, (letzteres gilt nur von wenigen Arten; freilich ist nicht jede *Negotiorum gestio* eine Intercession!) so liegt schon darin die Verpflichtung des Hauptschuldners, dem Intercedenten auf irgend eine Weise das zu erstatten, und zu vergüten, was dieser für ihn geleistet hat, oder noch leisten soll. Weil der Begriff der Schenkung hier nie vermuthet wird, so ist zwischen den hierbei verketteten mehreren Obligationen in der Regel ein solcher Zusammenhang vorhanden, daß, wie auf der einen Seite, nach Erfüllung der durch Intercession übernommenen Verbindlichkeit der Regreß des Intercedenten durch die mehreren Obligationsverhältnisse nun rückwärts greift, bis es an den kommt, für den die Intercession geschehen ist, und so eine Ausgleichung hergestellt wird, — auf der andern Seite, wenn die Intercession ungültig ist, die früheren Verhältnisse so wieder hergestellt werden, wie sie vor derselben waren; es kommen dann die s. g. *restitutoriae actiones* zur Anwendung.

Im ersten Fall dienen aber dem Intercedenten zur Erreichung des Zwecks der Entschädigung gegen den, für welchen er eingetreten ist, nach Verschiedenheit der vorhergedachten Fälle, entweder die Mandatsklage, oder die aus der

---

1) Fr. 70. §. 4. *de Fidejuss.*

2) Fr. 6. §§. 2. 7. und Fr. 16. §§. 3. 4. *de Fidejuss.*

Geschäftsführung [1]), oder auch die Hauptklage des Gläubigers gegen ihn, deren Abtretung zu fordern er gegen Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit ebenso befugt ist, wie dessen sonstige Befugnisse neben der Klage, (oder wenn er gar keine solche hätte, wie bei natürlichen Obligationen,) als z. B. die Retention, oder ein Pfandrecht; die Klagen auch gegen Mitintercedenten [2]). Den Regreß kann der Intercedent sogleich nach der Verurtheilung, und noch vor der Zahlung nehmen [3]); auch bleibt es darauf ohne Einfluß, wie die Befriedigung geschehen [4]).

Dagegen fällt die Verbindlichkeit zu jedem Ersatz an den Intercedenten weg: 1) Wenn die Intercession von dem, für welchen sie geschah, ausdrücklich verboten worden ist [5]). 2) Wenn der Intercedent ohne Mandat (so daß also nur Negotiorum gestio vorhanden seyn könnte,) für eine nicht klagbare Verbindlichkeit intercedirt hat [6]). 3) Wenn der Intercedent amino donandi gehandelt hat [7]). 4) Wenn der Intercedent den Nachtheil insofern durch seine Schuld erlitten hat, als er sich der gegen die Forderung des Gläubigers ihm zuständiger Einreden nicht bedient, oder sonst den Prozeß durch seine Schuld, auch durch mittelst solcher veranlaßten ungerechten richterlichen Spruch verloren hat [8]). — 5) Wenn der Gläubiger dem Intercedenten die Leistung erlassen hat, ausgenommen, es wäre remunerationis caussa geschehen [9]).

---

1) Siehe MUEHLENBRUCH D. P. §. 487.

2) Fr. 17. 36. 39. *de Fidejuss.* C. 2. 11. 14. 21. *eod.*

3) Fr. 45. *eod.* C. 5. X. *eod.*

4) Fr. 18. 64. *eod.*

5) Nach Analogie von C. 24. *de Negot, gestis.*

6) Fr. 25. *de Fidejuss.*

7) Fr. 9. §. 3. *ad Sct. Maced.* C. 12. *de Negot. gestis.*

8) Fr. 67. *de Fidejuss.*

9) Fr. 10. §. 13. Fr. 12. pr. *Mandati.*

Mehrere Intercedenten haften in der Regel in solidum, da sie jedoch als Correi erscheinen, so kommen ihnen auch deren Hülfsmittel und Einreden zu Statten [1]).

Dergleichen stehen endlich dem Intercedenten auch dann zur Seite, wenn er nur für eine andere Hauptobligation zur Aushülfe haftet, um seine nur subsidiäre Stellung zu vertheidigen, d. i. zu dem Zweck, um den Gläubiger erst an den Hauptschuldner zu verweisen.

IV.

Inwiefern ist die Delegation eine Intercession?

Die Beantwortung dieser Frage scheint entweder in allen zu dem Behuf verglichenen Darstellungen Anderer als Jedermann bekannt vorausgesetzt, denn die Frage erhält nirgends einige Aufmerksamkeit, oder sie ist ganz vergessen und übersehen. Eine größere Verwirrung, Unklarheit und Verschiedenartigkeit der Ansichten, aus denen sich auf sie schließen ließe, möchte es kaum noch geben. So z. B. lehrt Balett a. a. O. §. 582. S. 182.: „es ist keine Intercession, wenn man seinen Schuldner delegirt [2]), oder wenn man, schon Schuldner, für seinen Gläubiger an dessen Gläubiger zu zahlen verspricht [3]).“ Demungeachtet lehrt er S. 183., kurz weg: „die Delegation gehöre zu den privativen Intercessionen.“ In §. 579. hingegen, wo die Delegation ausführlich behandelt wird, ist von deren Eigenschaft als Intercession gar keine Rede. — Bei Bucher a. a. O. §. 169., wo er die Delegation behandelt, wird des Umstandes mit keinem Worte gedacht, ob und daß sie eine Intercession sey;

1) Vergl. Wening a. a. O. S. 401.

2) Nach Fr. 8. §. 5. *ad Sct. Vellei.*

3) Nach Fr. 3. 13. pr. 22. 25. *eod.* C. 2. 6. pr. *eod.*

aber in §. 120. heißt es: „es sey keine wahre Intercession, wenn eine Frau ihren Schuldner delegirt, oder als Schuldner delegirt werde [1]).“ Wening ist ebenso wenig klar. Denn S. 399. a. a. O. wird gesagt: „in der Delegation geschehe eine privative Intercession,“ und S. 414. heißt es: „das Sct. Vellejan. finde keine Anwendung, wenn ein Frauenzimmer seinen Schuldner delegirt, oder als Schuldnerin delegirt werde.“ — Alle diese Rechtslehrer fußen aber auf Glück XIV. S. 463. und seine Erklärung von Fr. 8. §. 2. *ad Sct. Vellejan.*, die unrichtig ist und alles durch einander wirft. Den Grund von dieser Mangelhaftigkeit der Darstellung glaube ich wieder darin zu finden, daß man die Grundsätze der Lehre von der Intercession nur beim Vellejanischen Senatsbeschluß vorgetragen hat, wobei man sich dann mit dem ungenügenden und in seiner Allgemeinheit sogar falschen Satz begnügt, daß Weiber in gedachter Art selber delegiren und delegirt werden können, und gar nicht bei einer gründlichen Betrachtung der Frage aufhielt, inwiefern hiernach eine Intercession in der Delegation vorhanden oder nicht vorhanden, und erlaubt oder verboten sey, sondern jene bestmöglichst einzuflicken suchte, anstatt ihn im Zusammenhang mit der letztern Frage zu entwickeln. Namentlich dachte man gar nicht daran, eine Unterscheidung zu machen, daß eine Delegation oft erst in Folge einer vorausgegangenen Intercession geschehen, und daß wiederum in jener eine zweite Intercession liegen könne. Um die Erklärung von Fr. 8. §. 2. *d.* nach Glück zu würdigen, welche wohl als Sündenbock anzusehen seyn dürfte, ist deren Darstellung im Zusammenhang nöthig:

(S. 456.) „Die Klage gegen die intercedirende Frau wird durch die Einrede Scti Vellejani unwirksam gemacht. Schützt sie diese nicht vor, so wird sie zur Zahlung verur-

---

1) Nach Fr. 8. §. 7. und 24. pr. *eod.* und C. 7. in f. *eod.*

theilt (außer wenn es für den Ehemann oder in einem außerordentlichen Instrument geschehen). Gegebene Pfänder kann die Intercedentin vindiciren, sowohl wie in solutum verkaufte Sachen. Hat sie gezahlt, so kann sie, wenn es aus Nichtwissen des ihr durch den Senatsbeschluß gewährten Schutzes geschehen, es mit der Condiction wegen gezahlter Nichtschuld zurückfordern [1]). Da der Zahlung die Delegation eines Schuldners gleichsteht, so wird der Frau, auch wenn sie letzteres intercedendo gethan, ebenfalls die Condiction gestattet, oder sie kann in beiden Fällen Mandati klagen [2]). Auch kann sie mittelst der Condiction indebiti auf Befreiung von der übernommenen Verbindlichkeit klagen, und sogar auch dann, wenn sie die Einrede des Vellejanischen Senatsbeschlusses nicht verschützen könnte." Dieses merkwürdige Resultat soll nun Fr. 8. §. 2. *eod.* beweisen:

Si mulier apud Primum pro Secundo intervenerit, mox pro Primo apud creditorem ejus, duas intercessiones factas Julianus lib. 12. Dig. scribit; unam pro Secundo apud Primum, aliam pro Primo apud creditorem ejus; et ideo et Primi restitui obligationem, et adversus eum. Marcellus autem notat, esse aliquam differentiam, utrum hac agatur, ut ab initio mulier in alterius locum subdatur et onus debitoris, a quo obligationem transferre creditor voluit suscipiat, an vero quasi debitrix delegetur; sc. ut si quasi debitrix delegata est, una sit intercessio. Proinde secundum hanc suam distinctionem in prima visione ubi quasi debitrix delegata est, exceptionem ei Scti Marcellus non daret; sed condemnata, vel ante condemnationem, condicere utique

1) C. 9. *ad Sct. Vellej.* — Quamvis mulier pro alio solvere possit, tamen si praecedente obligatione quam Sctum de intercessionibus efficacem esse non sinit, solutionem fecerit, ejus Scti beneficio munitam se ignorans locum habet repetitio.

2) Nach Fr. 8. §. 3. *eod.* und Fr. 31. *eod.*

ei, a quo delegata est, poterit, vel quod ei abest, vel si nondum abest, liberationem.

Zu dessen Erklärung [1]) hat man sich nicht anders zu helfen gewußt, als in prima visione eine Verwechselung und ein Versehen anzunehmen, so daß es den Fall von an vero etc. vorher bedeute. Allein es bezieht sich offenbar auf das Intercedere apud Primum pro Secundo [2]), wo eben die Intercedentin Schuldnerin des Secundus gewesen war. Daß nun, wie man bisher geglaubt, der andere Fall nicht berührt sey, ist aber nicht wahr, und aus dieser Irrung schreibt sich eben zunächst der ganze Mißverstand. Denn der Grund, warum hier die Einrede ausgeschlossen werde, sagte man, sey zwar nicht eine Betrügerei, was Manche vermuthet, die kein Rechtsmittel gegen den Gläubiger zulässig gemacht haben würde, sondern es sey entscheidend, daß die Frau Schuldnerin gewesen. Da aber doch die Schuldverbindlichkeit des Frauenzimmers, wiewohl sie durch die Delegation nicht sowohl eine fremde Obligation übernommen, als ihre eigene Schuld zu bezahlen versprochen, und also ihr eigenes Geschäft gerirt, im gegenwärtigen Fall wirklich nur aus der Intercession entstand, gegen welche die Frau in allen Fällen geschützt werden soll, so sey es ganz begreiflich, daß ihr die Condiction gegen den Deleganten gegeben werde. — Das Widersinnige und Unbegreifliche dieser s. g. Erklärung wird sich gleich zeigen. Die Sache verhält sich so:

Der Vellejanische Senatsbeschluß will die Weiber gegen Uebernahme von Obligationen durch Intercession schützen, nicht gegen Zahlung, ohne daß eine solche vorangegangen ist. Zahlung ohne vorher dazu übernommene Obligation ist keine Intercession. Der Zahlung gleich steht Delegation ei-

---

1) Glück a. a. O. S. 464 ff. nach Cujac. Opp. T. VI. p. 75.

2) Ich brauche daher nicht einmal auf die abweichenden Lesarten der Vulgate: in prima fidejussione, oder gar: in Primi fidejussione hinzuweisen.

nes Schuldners. (Fr. 8. §. 3. *eod.*) Folglich ist die Delegation dieser Art, d. h. unter gleichen Umständen geschehen, keine Intercession. Wenn aber die Delegation dieser Art in Bezug auf vorangegangene Uebernahme einer fremden Obligation geschieht, m. einem W. die Einrede des Vellejanischen Senatsbeschlusses Statt finden würde, mithin der Zahlung in Gemäßheit einer solchen gleichsteht, so hat die Frau indebite gezahlt, oder delegirt, und darum steht ihr die Condiction zu, und zwar, wenn noch nicht gezahlt worden seyn sollte, auf Befreiung. — Wenn ferner die Frau sich delegiren läßt, so kommt es nach Fr. 8. §. 2. darauf an, ob sie Schuldnerin des Delegirenden gewesen, oder nicht; nur im letztern Fall geschieht eine Intercession, im erstern nicht, mithin hat sie auch nicht die Einrede des Vellejanischen Senatsbeschlusses. Allein ebenso wenig hat sie die Condiction, wie Glück, durch eine Verwechselung verleitet, will; das hieße ja in der That, mit der rechten Hand nehmen, was man mit der linken giebt, und nun gar gegen den Delegirenden, der sie ja ihrer Verbindlichkeit gegen ihn entlassen hat, so daß eine conventionelle Compensation eintritt [1]). Diese Condiction findet vielmehr ganz natürlich [2]) nur in denselben Fällen Statt, wo die Einrede begründet gewesen wäre, wenn die Lage der Sache noch von der Art wäre, daß der Intercedent sich verklagen lassen könnte, anstatt selbst Klage erheben zu müssen. Wenn sich also eine Frau als Schuldnerin von ihrem Gläubiger delegiren läßt, so bleibt das Sctum Vellejanum und die Condiction außer aller Berührung, denn es ist dann keine Intercession vorhanden, sondern die Sache dieselbe, wie jeder Gläubiger einer Frau seine Forderung

1) Archiv für civil. Prax. Bd. II. S. 231.

2) Mit der Condiction auf Ersatz des Gezahlten oder auf Liberation verhält es sich ja auch in allen Fällen im Allgemeinen so, wenn Einer, der einem Andern nicht schuldig ist, in dem Irrthum es zu seyn, sich von diesem hat delegiren lassen, s. Fr. 5. §. 5. *de Doli mali except.*

einem Andern cediren und assigniren kann¹). — Richtig übersetzt heißt nun der Schluß von Fr. 8. §. 2. *d.* so: „Marcellus würde also in Gemäßheit dieser seiner Unterscheidung im ersten Fall, wo die Frau, welche delegirt ward, Schuldnerin war, die Einrede des Senatsbeschlusses nicht ertheilen (und ebenso wenig die Condiction, im entgegengesetzten Fall) aber, sie sey bereits verurtheilt, oder noch vor der Verurtheilung, kann sie wider den Deleganten allerdings mittelst der Condiction das fordern, um was sie dadurch gekommen, oder Befreiung (von der Richtschuld, die sie übernommen), wenn dies noch nicht geschehen ist."

Eine richtige Darstellung der Delegation als Intercession wird nun so lauten müssen: ²)

Die Delegation kann, je nachdem die Umstände sind, eine Intercession enthalten, und nicht enthalten, und zwar das erstere nur in gewissen Fällen, sowohl für den Deleganten als den Delegaten. I. Der Delegant intercedirt a. nicht, wenn er seine Schulden, sey es für seine Schuld an seinen Gläubiger, oder für eine fremde an den eines Andern delegirt, ohne eine Verbindlichkeit dazu vorher übernommen zu haben, denn die Delegation ist dann lediglich an Stelle der Zahlung. Geschieht es aber in Folge einer übernommenen Verbindlichkeit, so ist die Intercession schon in dieser Uebernahme zu suchen, nicht in der zu deren Solution geschehenen Delegation. Darum kann nun jenes natürlich auch eine Frau, ohne daß das Sctum Vellejanum zur Anwendung käme, und sie die Condiction erhielte, weil sie nemlich nicht

---

1) Hiernach stehen nur die vorhergenannten C. 9. *d.* Fr. 8. §. 3. und §. 2. *eod.* in vollstem Einklang.

2) Es versteht sich, ohne daß es der Bemerkung bedürfte, daß aus den hier einschlagenden Stellen, wenn sie auch nur von Weibern reden, doch ein allgemeiner Character für die darin liegenden Rechtssätze sich gewinnen läßt, und gewonnen werden muß, vergl. o. S. 49. Anm 2.

contra Sctum obligirt wird, sondern nur bezahlt [1]). That sie es hingegen in Folge einer übernommenen Obligation, so ist wieder, da schon in dieser eine Intercession lag, wider welche die Einrede des Senatsbeschlusses der Regel nach zuständig war, für sie die Condiction wegen bezahlter Nichtschuld begründet [2]). — b. Wer einen Andern, der nicht sein Schuldner ist, 1. für eine fremde Schuld delegirt, der intercedirt dadurch [3]), doch kann hier der Begriff der Intercession auch auf Seiten des Delegaten liegen, (s. unter II.) und die Frage, inwiefern die hier geschehene gültig sey, also doppelt in Betracht kommen, und eine doppelte Intercession vorhanden seyn. Der Begriff der Intercession entsteht nemlich [4]) dadurch, daß da der Delegant hier dem Delegaten

1) Das beweist Fr. 8. §. 3. *d.* per arg. e contrario klar: Interdum intervenienti mulieri et condictio competit; puta si contra Sct. obligata debitorem suum delegaverit. Nam hic ipsi competit condictio, quemadmodum si pecuniam solvisset, condiceret, solvit enim et qui reum delegat. — u. Fr. 31. *de Novation.*

2) Man lasse sich dabei nicht durch Fr. 8. §. 5. *eod.* irren, welches von Manchen [Walett §. 582. **) und Wening S. 414. *c*)] schlechthin so angeführt wird, daß es mit Fr. 8. §. 2. *eod.* in Widerspruch erscheint, ohne daß es natürlich ist: Plane si mulier intercessura debitorem suum delegavit, Sctum cessat, quia et si pecuniam numerasset, cessaret Sctum. Mulier enim per Sctum relevatur non in his, quae diminuit, restituitur. §. 6. Sed si eum delegaverit, qui debitor ejus non fuit, fraus Scto facta videbitur, et ideo exceptio dabitur (sc. delegato). Intercessura ist nemlich mit der Glosse so zu verstehen, cum intercedere vellet, nec tamen intercessit sed protinus delegavit. Man halte fest, daß der Senatsbeschluß nur die Befreiung von übernommenen Verbindlichkeiten gewähren soll, nicht die Restitution des bereits Verlorenen, Weggegebenen. Ist letzteres in Folge einer Intercession geschehen, so ist nur die Condiction indebiti als Rechtsmittel vorhanden. Hätte die Frau in Folge einer Intercession delegirt, dann müßte es heißen intercedens; doch ließe sich auch dann das Sctum cessare noch hören, weil die Sache nicht mehr in dem Stadio ist, daß die Frau excipiren könnte.

3) Vergl. Fr. 8. §. 6. und §. 3. in fine *eod.* per arg. e contrario.

4) Zur Herstellung des Begriffs der Intercession in diesem Fall gehört

durch die Mandatsklage [1]) rückverantwortlich wird, er insofern für denjenigen, welcher bei dem Delegatar aus der Verbindlichkeit heraustritt, diese eigentlich übernimmt, und nicht sogleich zahlt, wie im ersten Fall. Darum darf eine Frau diese Handlung nicht verrichten. — 2. Wenn Jemand seinem Gläubiger einen Andern delegirt, der nicht sein Schuldner ist [2]), ein Fall, den die Quellen direct nicht entscheiden noch erwähnen, so darf keine Intercession angenommen werden, denn derselbe ist im Wesentlichen der Cession ganz gleich, die in der Praxis auch wohl in der Regel damit verbunden seyn wird.

II. Umgekehrt, wenn Jemand delegirt wird, so intercedirt der Delegirte, wenn er Schuldner des Delegirenden war, nicht; es können also auch Weiber auf diese Art gültig bei einer Delegation handelnd auftreten, denn sie bezahlen nur, was sie schuldig sind, an einen Andern, als ihren ursprünglichen Gläubiger, gegen den sie von ihrer Obligation frei werden. Das erkennt Fr. 8. §. 2. *d.* ausdrücklich in den Worten an, daß wenn die Frau quasi debitrix delegata est, una sit intercessio, d. h. nemlich, von den in jener Stelle enthaltenen beiden Fällen ist nur der eine Intercession, wo die Frau nicht Schuldnerin war, oder m. a. W. ist die delegirte Frau Schuldnerin gewesen, so hat nur Eine Intercession Statt gefunden; nemlich in dem Fall,

---

übrigens auch, daß der Gläubiger weiß, daß der Delegirte Nichtschuldner gewesen. Weiß er es nicht, so ist keine Intercession geschehen, aber die Delegation besteht vermöge der Novation und der Stipulation des Delegirten. Eben so hängt es für den Delegaten von seiner Wissenschaft der Verhältnisse ab, ob, wenn er gezahlt und seinen Regreß an eine delegirende Frau nimmt, ihm diese die Einrede des Senatsbeschlusses entgegen setzen kann oder nicht, siehe oben S. 59. f. und Cujac. Opp. T. I. p. 1297. vgl. Fr. 6. 7. *eod.*

1) Siehe Bucher S. 550.

2) Hiervon verstehe man nicht etwa irrig das vorgedachte Fr. 8. §. 6.

wo sie als Nichtschuldnerin intervenirte. War der Delegirte nicht Schuldner des Delegirenden, so intercedirt der Delegat [1]). Darum können Weiber, wenn sie sich so haben delegiren lassen, die Condiction gegen den Delegirenden sowohl auf Befreiung der indebite übernommenen Schuld als auf Erstattung der gezahlten anstellen. Ihrer Obligation gegen den Delegatar dürfen sie aber, wenn er nicht gewußt, daß sie nichts schuldig waren, keine Einrede entgegensetzen, weil es eine selbstständige neue ist.

V.

Von der Expromission und der Delegation als Intercession.

In einem ausgebildeten Rechtssystem muß es Mittel geben, bei einem Obligationsverhältniß, und zwar auch bei einem zweiseitigen, eine Aenderung der Personen insofern möglich zu machen, daß eine, oder mehrere, Dritte an die Stelle des einen Contrahenten tritt, und seine gesammte Verbindlichkeit sowohl gegen den andern, als seine Rechte übernimmt. Eine solche Gesammt-Veränderung kann natürlich nur auf gegenseitiger Einwilligung beruhen, — nur daß Rechte allein, und zwar auch mit Verbindlichkeiten gemischte [2]), wobei jedoch letztere dann zurückbleiben, vom Gläubiger durch Cession auf Andere übertragen werden können. Die Uebertragung der Rechte, bei zweiseitigen Geschäften, ist also ganz unabhängig von der der Verbindlichkeiten, und jede kann für sich geschehen. Wird nun zwischen dem Gläubiger, dem Schuldner und einem Dritten in Bezug auf die Verbindlichkeit des zweiten gegen den ersten eine Ueber-

---

1) Fr. 8. §. 4. *ad Sct Vellej.*

2) Siehe Mühlenbruch Cession S. 311. 12.

einkunft[1]) der Art geschlossen, daß der Dritte sie erfüllen und der Schuldner frei seyn soll, so tritt sowohl der Begriff der Delegation als der der jetzt sogenannten Expromission ein[2]). Es delegirt der Schuldner, — Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui jusserit. Fr. 11. *de Novation.*[3]) — und es expromittirt der Dritte[4]). Dies geschieht durch Stipulation — jetzt Convention — und wenn es geschehen ist, ist eine Novation vorhanden[5]).

Man findet bei allen Neuern ohne Ausnahme jetzt für ein gewisses Rechtsgeschäft den Begriff der Expromission, und zwar im Gegensatz zur Delegation, angewendet, der nur zu falschen Ansichten zu verleiten geeignet ist, und den ich nicht billigen kann. Man[6]) hat nemlich aus Expromission ein Rechtsgeschäft gemacht, wo der neue Schuldner an die Stelle des alten mittelst Uebereinkunft mit dem Gläubiger so tritt, ohne daß der alte um seine Zustimmung gefragt werde. Ich bemerke darüber Folgendes.

Expromittere ist mit promittere völlig gleich bedeutend, und wird auch damit abwechselnd und gleich gebraucht[7]),

---

1) Wegen Fr. 11. §. 1. und der darin gedachten delegatio per litis contestationem, s. Zimmern Civilprozeß S. 325. [9]).

2) Sehr gute und richtige Bemerkungen s. von Gesterding im Archiv für civ. Pr. Bd. II. S. 227.

3) Diese Legal-Definition paßt nur auf den einzigen Fall, wenn Einer durch Delegation eines Andern seine Verbindlichkeit noviren läßt. Mithin gar nicht auf den, wenn delegando gezahlt wird, noch überhaupt, wenn man dadurch intercedirt. Sie ist m. a. W. nur auf ein Handeln für eigene, nicht für fremde Verbindlichkeiten berechnet.

4) Siehe MUEHLENBRUCH D. P. §. 475. [a]) und BRISSON h. v.

5) Siehe Fr. 1. und 2. *de Novat.*

6) Siehe z. B. Bucher a. a. O. S. 549.

7) Z. B. Fr. 37. §. 4. *de Operis lib.* Fr. 8. §. 5. *de Novat.* Fr. 91. *de Solution.* Fr. 8. §. 2. u. 4. *de Novation.* Aus dem erstern §. ist auch ersichtlich, daß vorher expromittirt werden kann, ehe die zu

gleich wie ex in vielen Zusammensetzungen die sonst darin liegende Verstärkung nicht vorher fühlen läßt (z. B. exhortari für hortari, und andere unzähliche). Expromissor ist also nichts weiter, als Promissor im Gegensatz zum Stipulans. Das mit Expromission heutzutage überall bezeichnete Geschäft ist mithin eine ganz gewöhnliche Stipulation cum animo novandi, und nur eine besondere Species, wie man auch expromittiren, d. h. promittiren, und auf der andern Seite der Gläubiger stipuliren kann, während der Begriff von expromittiren so weit ist, wie der von stipuliren im Gegensatz dazu, — denn man expromittirt auch pro se ipso, und novirt dadurch eine bestehende Obligation, — und jene Species nur beweiset, daß man durch Stipulation mit animus novandi ohne Wissen und Willen des eigentlichen Schuldners diesen von einer Verbindlichkeit befreien und letztere auf sich nehmen kann.

Dies ist dann auch der Grund, warum die Promission oder Expromission den Delegaten dem Delegatar definitiv fest verpflichtet, er sey übrigens Schuldner des Deleganten oder nicht, so daß er nie jenem eine Einrede deshalb entgegensetzen, sondern nur an letztern regrediren kann [1]).

Darum liegt auch in einer Expromission nicht allemal eine Novation, abgesehen selbst von der neuern Justinianischen Anordnung [2]), — sondern man kann durch Expromission zu einer schon bestehenden Obligation als correus hinzutreten [3]); natürlich, weil man nur dem Stipulirenden promittirt.

---

novirende Obligation entstand. Dann ist die Expromission eine bedingte, welche durch Eintritt der letztern ins Daseyn gerufen wird; vergl. Fr. 2. *eod.* — ex *quacunque* obligatione.

1) Fr. 12. 13. *de Novation.* und ganz besonders Fr. 19. *eod.*

2) Siehe meine Abhandl. von stillschweig. Novationen in dieser Zeitschrift Bd. IX. S. 185.

3) Fr. 8. §. 5. in *f. d.*

Hiernach ist nun mit jeder Delegation eine Expromission nothwendig verbunden; nichts desto weniger aber ist jede Expromission so wenig eine Intercession, wie es jede Delegation ist. So geschieht, wenn der Schuldner delegirt wird, dadurch eine Expromission, daß er dem Gläubiger seines Gläubigers stipulirt, oder mit ihm contrahirt; allein wir wissen, daß der Delegat hier nicht intercedirt, weil er nur sein eigenes Geschäft führt. — Expromission eines Schuldners für seinen Gläubiger ohne Anweisung befreit jenen nicht ipso jure, sondern begründet nur die Geschäftsführungsklage; doch kann die Anweisung nachträglich erfolgen, und so Delegation rückwärtsher eintreten. Damit tritt dann zugleich der Begriff der Novation erst ein [1].

Von der Expromission cum animo novandi — von den Neuern ausschließlich so benannt — unterscheide man noch die Stipulation des Gläubigers vom Schuldner des Schuldners, periculo des eigenen Schuldners [2]. In dem letztern Begriff liegt nemlich dessen Hinzutritt zum Geschäft, und der Stipulant kann dann gegen ihn noch Mandati klagen, quod minus servare potuit. Es ist dann also keine gewöhnliche Delegation vorhanden, denn diese hat Liberation zur Folge, und setzt das sequi nomen delegati voraus, es ist eine modificirte Delegation, keinen Falls aber eine Intercession vorhanden, weil man nur pro debito suo haftet.

Nach dieser Darstellung wird sich nun das Verfehlte daran in den neuern Lesebüchern leicht erkennen lassen.

Mühlenbruch (l. 1. §. 483. I.) zählt, wie schon ge-

---

1) Fr. 22. *eod.*

2) Fr. 45. §. 7. *Mandati.* — Quod mihi debebas a debitore stipulatus sum periculo tuo; posse me agere tecum mandati in id, quod minus ab illo servare potero, Nerva, Atilicinus ajunt, quamvis id mandatum ad tuam rem pertineat, et merito, tunc enim liberatur is, qui debitorem delegat, si nomen ejus creditor secutus est, non cum periculo debitoris ab eo stipulatur.

dacht, die Delegation gar nicht unter den Intercessionsarten auf, sondern nur die Expromission, was offenbar unrichtig ist. In §. 475. Anm. 1. stellt er Expromission der Delegation entgegen, (aut — aut) wodurch Novation mittelst Personenänderung geschehe, da doch jede Delegation eine Expromission enthält, und diese unumgänglich zur Novation gehört. Richtig wäre nur etwa die Expromission, quae sit non consentiente debitore, und zwar, wie vorgedacht, als einfache Stipulation aufgeführt worden. Dagegen ist in Anm. 8. die ganz richtige Ansicht enthalten, daß der Delegat expromittire. — Die Darstellung vom Hergange der einzelnen Handlungen der drei Personen bei der Delegation überhaupt in §. 476. ist ganz richtig.

Bucher setzt S. 549. die Delegation zu demselben Behuf, wie Mühlenbruch, der Expromission richtig entgegen. Dagegen aber lehrt er fälschlich, daß die Expromission unbedingt (er drückt wenigstens keine Beschränkung aus,) eine Intercession sey, was sie nicht ist. Da ferner, wo er (S. 550. Anm. 13.) den Hergang der Sache bei der Delegation schildert, gedenkt er der Stipulation des Delegaten gegen den Delegatar, ohne im geringsten darauf zu kommen, daß dieß eben eine Expromission sey, oder m. a. W. daß der Delegat expromittire. Wir lernen also durch ihn nur eine Species der Expromission kennen, oder m. a. W. Dieser Begriff wird zu sehr spezialisirt, während es allerdings richtig ist, die Expromission in diesem Sinne der Delegation gegenüber zu stellen.

Wening §. 356. S. 410. sagt, wenn die Intercession zugleich eine Novation enthalte, so heiße das Geschäft Expromission. Das ist unrichtig, weil, wenn zwar die Expromission, welche eine Intercession enthält, auch eine Novation begreift, doch nach jener Begriffsbestimmung auch die Intercession durch Vertretung eines Andern vor Gericht eine Ex-

promission seyn müsse, weil sie eine Novation zur Folge hat. Dagegen stellt Wening, S. 357. von der Delegatio handelnd, richtig die Behauptung auf, daß der Delegat vom Deleganten beauftragt werde, beim Delegatar zu expromittiren. Dann aber stellt er Folgendes einander entgegen: „Delegation könne nicht nur so geschehen, daß der Schuldner (delegans) einem Andern, dieser sey sein Schuldner oder nicht, Auftrag ertheile, für ihn bei seinem Gläubiger (delegatarius) zu expromittiren, sondern auch so, daß ein Gläubiger (delegans) seinen Schuldner mit dessen Einwilligung er einen Andern (delegatarius) überweiset." Wenn gleich dies an sich möglich und richtig ist, so führt es doch zu Irrungen, wenn man aus dieser Möglichkeit eine solche Darstellung abstrahirt, als wenn die verschiedenen Verhältnisse der handelnden Personen vor der Delegation und der Zweck der Delegation selbst geeignet wäre, verschiedene rechtliche Folgen oder Gestaltungen im Allgemeinen hervorzubringen, und wenn man bei Darstellung der Delegation jenen Satz an die Spitze stellt. Denn beim „Auftragertheilen zum Expromittiren" muß doch in der That so gut, wie beim „Ueberweisen des Schuldners mit dessen Willen", dieser Schuldner ebenfalls expromittiren, oder m. a. W. der Gläubiger von ihm stipuliren (jetzt durch Convention ersetzt).

Die Delegation enthält also ein Mandat zwischen dem Deleganten und Delegaten, wodurch jener diesen anweiset, für ihn sich verbindlich zu machen [zu expromittiren [4]], sodann aber eine Stipulation (jetzt Convention) zwischen die-

4) Wenn der Schuldner nur angewiesen ist, zu zahlen, und dennoch dem Gläubiger seines Gläubigers promittirt, so ist dieß eine neue seinerseits eingegangene Obligation, ohne daß er sich von der ersten befreite, oder der anweisende Gläubiger befreiet würde. *Fr. 21. de Novation.* Doch kann die Einwilligung des Gläubigers dazu nachträglich geschehen, eine Delegation also von rückwärts her dadurch entstehen. *Fr. 22. eod.*

sem und dem Delegatar, wodurch der Delegat novando gegen diesen selbstständig verpflichtet wird [1]. Bucher [2]) nimmt zwar einen dreifachen Vertrag an, Mandat zwischen dem alten und dem neuen Schuldner, Vertrag zwischen dem letztern und dem Delegatar, und Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Deleganten; und ebenso verlangt Mühlenbruch [3]) eine triplex forma conventionis: 1) Mandatum quo jus suum alter alteri delegat ohne alle Feierlichkeit, auch blos nutu [4]), 2) Mandatum, quo delegato jubet delegans, ut delegatario promittat, 3) Covention zwischen Delegaten und Delegatar. Doch halte ich die erste, von mir angenommene Darstellung darum für angemessener, weil die Erklärung des Deleganten an den Delegatar schon in den Handlungen zwischen dem Delegaten mit ihm und dem Delegatar enthalten seyn muß, die doch im wesentlichen Zusammenhang und unmittelbarer Beziehung zu einander stehen. Ich bin daher der Ansicht, daß, wenn auch eine unmittelbare Berührung und Verhandlung zwischen dem Deleganten und seinem Gläubiger (Delegatar) nicht Statt gefunden hat, dennoch nichts Wesentliches an der Delegation fehlt. Nach der andern Meinung würde die Delegation mit der Cession in Gegenwart des Schuldners, was namentlich bei gerichtlichen und mit Hypothek versehenen Obligationen heutzutage fast zur Regel geworden, d. h. gewöhnlich geschieht, ohne daß es nöthig wäre, beinahe ganz zusammenfließen.

In Bezug auf die durch Delegation zu übertragenden und respective übertragbaren Verbindlichkeiten ist Fr. 4. *de Novation.* der Aufmerksamkeit so würdig als bedürftig:

---

1) Siehe Wening S. 412. und Gesterding a. a. O. S. 228.

2) S. 510.

3) L. 1. §. 476.

4) Fr. 17. *de Novation.*

Si usufructus debitorem meum delegavero tibi, non novetur obligatio mea, quamvis exceptione doli vel in factum tutus debeat esse adversus me is, qui delegatus fuerit; et non solum donec manet ejus usufructus, cui delegavi, sed etiam post interitum videbimus, quia etiam hoc incommodum sentit, si post mortem meam manet usufructus; et haec eadem dicenda sunt in qualibet obligatione personae cohaerenti.

Es fragt sich nemlich, warum hier die Delegation keine Novation sey, und welches Verhältniß hier eigentlich anstatt der Intercession eintrete? — Mir ist außer der von Donellus [1]), welcher meist auf die Glosse fußt, keine Erklärung bekannt. Dieser drückt sich so aus: die neuversprochene Sache muß auf den Gläubiger übergehen können; ohnedies geschieht keine Novation; ein Sache, die mit der Person des Deleganten zusammenhängt, kann nicht Gegenstand einer neuen Obligation werden. Folglich ist die Delegation als solche nichtig, oder für gar nicht geschehen zu erachten. Vergl. Fr. 59. §. 1. *de J. D.*

Allein das ist nicht erschöpfend. Der Nießbrauch nemlich ist durch die Stipulation dessen, der ihn schuldet, an seines Creditor's Gläubiger für den letztern bestellt; zwar ist die Obligation des Schuldners gegen seinen ursprünglichen Gläubiger nicht ipso jure erloschen, doch soll er ihn mit der Einrede der Arglist abwehren können, weil er sich Mandatu ejus obligirt hat. Dabei wird ebenso wenig die Obligation des Deleganten gegen den Delegatar (Stipulanten) aufgehoben, weil dies nur durch deren Novation geschehen könnte, und eine solche ist nicht vorhanden, eben weil ein jus personae cohaerens nicht auf Andere übergehen kann, und der dem Stipulanten bestellte Nießbrauch ein anderer ist, als der dem Deleganten schuldige. (Darum erlischt die

1) Commentar. T. X. p. 425.

Obligation nicht ipso jure, sondern nur ope exceptionis doli, weil der Delegant seinen Schuldner zur Promission gegen den Delegatar veranlaßt hat.) Dabei bleibt nun aber die Frage unbeantwortet, wie dem offenbar verkürzten Deleganten wider den lucrirenden Stipulator zu helfen sei, wenn dieser den Delegaten nicht von seiner Obligation liberirt? Diese ist in jenem Bruchstück wahrscheinlich darum nicht berührt, weil sie nur das rechtliche Verhältniß des Promittenten vorzugsweise angeht, und die Frage vom Dasein einer Novation. Wäre man berechtigt, eine Erörterung des Falls in allen seinen Erscheinungen zu erwarten, so wäre allerdings eine Unvollständigkeit vorhanden. Ich löse diese Frage folgendergestalt und zwar sowohl nach der Natur und aus dem Gesichtspunkt allgemeiner Rechtsgrundsätze, als nach Analogie von dem genannten Fr. 59. §. 1. *de J. D.*, wo es heißt: **Ex asse heres institutus, rogatusque mulieri dodrantem hereditatis restituere jussu ejus, quod debet, doti promisit marito; vereor, non sit obligatus, nam mulieri in hoc tenetur, ut hereditatem restituendo transferat actiones, et quas habet, et quibus est obstrictus, quas transferre ad alium, quam cui debet fideicommissum, non potest. — Sed ne indotata mulier esse videatur dicendum est ipsi mulieri ex Trebelliano restituendam esse partem hereditatis, quae ei relicta est, — delegatione propter nimiam subtilitatem et casus necessitatem minime obtinente.**

Da keine Novation geschieht, so ist auch die geschehene Stipulation des Nießbrauchsschuldners nicht loco solutionis, so daß die Obligation ope exceptionis aufgehoben würde; denn es entsteht dadurch keine Einrede der Zahlung. Allein die Einrede der Arglist muß dem Deleganten ohne Zweifel zustehen, und ebenso wenig kann ihm, da Provokationen zur Klage freilich nicht zulässig sind, die Klage wegen Arglist auf Befreiung von seiner Obligation versagt werden. Denn eine Arglist liegt darin, daß übereinkunftswidrig die Libera-

tion nicht geschieht; dies lag nemlich offenbar in der Beabredung der Novation durch Delegation, woran der Umstand, daß sie ungültig ist, nichts ändert. — Die Klage in factum auf Liberation kann gar keinem Bedenken unterliegen.

VI.

Vom sogenannten qualificirten Mandat.

Schon Zimmern in seiner mehrerwähnten Abhandlung (vom Anfang herein) hat rügend darauf aufmerksam gemacht, wie der Begriff des qualificirten Mandats in Vergleich mit der Frage, inwiefern in einem Mandat eine Intercession liegen könne, von den Rechtslehrern [1]) unter Irrungen empfangen und geboren worden ist. Die Darstellung der Neuern ist jedoch in diesem Punkte viel richtiger, als in den meisten andern die Intercessionsarten betreffenden [2]). Ich habe daher, da sie alle Zimmern folgen, nur Weniges hier zu bemerken.

Eine Intercession kann auch in der Form eines Mandats geschehen und respective darin liegen, und zwar nicht nur so, daß Einer dem Andern mandirt, dem Dritten zu creditiren, dieser möge ihm schon etwas schuldig sein, oder es erst werden sollen [3]), sondern auch so, daß der

---

1) Thibauts Darstellung §. 865., gegen die Zimmern sich unmittelbar wendet, muß ich jedoch in Schutz nehmen. Dieser sagt so: Geschah der Auftrag zum Besten eines Dritten, auf Gefahr des Gewaltgebers, so nennt man den Auftrag mandatum qualificatum, und den Gewaltgeber vorzugsweise Mandator. Darin liegt nichts wesentlich Falsches, zumal ja Thibaut übrigens stillschweigend zu verstehen giebt, daß alles Uebrige nach den gewöhnlichen Grundsätzen vom Mandat beurtheilt werde.

2) Siehe Mühlenbruch §. 484. III. und §. 428. Wening §. 354. Thl. II. S. 407.

3) Fr. 12. §. 14. *Mandati* und Fr. 58. §. 1. *eod.*

Mandatar für den Dritten in irgend ein obligatorisches Verhältniß mit einem Vierten trete, es sey welches da wolle, sobald darin nur der Begriff von intervenire pro alio liegt. Dies kann aber sowohl durch ein Mandatum aliena gratia geschehen [1], [z. B. ut fidejubeas pro Titio [2],] als durch ein mit einem solchen verbundenes tua und mea gratia [3]).

Danach liegt nun in einem Mandat an dich, mir ein Gut zu kaufen [4], — wenn es auch heißt, ut suscipiam obligationem, quae venditori adversus te competit [5], — oder dem Titius ein Gut zu kaufen [6], — weil dem Verkäufer auch hier nur adversus mandatarium obligatio competit, — ebenso wenig eine Intercession, als in dem Mandat, ut pro me fidejubeas [7]. Denn es ist nirgends eine Beziehung auf die Obligation eines Andern als des Mandanten vorhanden, für welche der Mandatar gegen einen Vierten einträte. Gleiches gilt von der Mandatu eines Andern angetretenen Erbschaft, wobei dieselben Grundsätze, wie S. 57. 58. vorgetragen worden, zur Anwendung kommen [8].

---

1) Nur muß man nicht denken, daß jedes M. a. g. eine Intercession enthalte, z. B. ut Titio fundum emeres.

2) Fr. 2. §. 2. *Mandati.*

3) Fr. 48. §. 2. *eod.* Daß es hierin heißt: jam extra mandati formam est, und also kein Mandat angenommen wird, liegt darin, daß ein Mandatum cuivis credendi, ohne bestimmte Person, so gut wie keines ist, denn mandati, quod certis finibus caret, nulla obligatio est; s. Muehlenbruch D. P. §. 428. in f. u. n. [15]). u. Gesterding Irrthümer u. s. w. S. 201.

4) Fr. 8. §. 6. *eod.*

5) Fr. 45. pr. *eod.*

6) Fr. 2. §. 2. u. Fr. 6. §. 4. *eod.*

7) Fr. 22. pr. *eod.* Natürlich intercedirt aber der Mandatu fidejubeas; doch ist hier nicht von dessen Intercession die Rede, sondern von der des Mandanten.

8) Siehe Fr. 32. *eod.*

Dagegen versteht sich vor Allem, daß das Mandat, welches eine solche Handlung mandirt, die an sich selbst schon eine Intercession begreift, ebenfalls eine solche sein müsse [1]). Daß der davon nichts wissende Gläubiger eintretenden Falls dem Mandatar, welcher ihm mit einer von der Intercession hergenommenen Einrede entgegentreten will, mit der Replik der Arglist begegnen kann, ändert an der Sache nichts, da den Mandans die Frage von der Intercession berührt.

Eine eigenthümliche strenge Folge der durch Mandat eingegangenen Intercession und der durch diese definitiv festgestellten Verhältnisse ist die, daß der Mandirende den Mandatar auch dann zu entschädigen verpflichtet ist, wenn dieser den Gläubiger durch Delegation eines Schuldners befriedigt hat, der sich nachher als zahlungsunfähig ausgewiesen hat; quia bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum [2]), und — liberatur is, qui debitorem delegat, si nomen ejus creditor secutus est.

VII.

Vom Eintritt in einen Contract als Selbstschuldner, während ein Anderer Hauptinteressent ist.

Die Quellen erkennen in Fr. 8. §. 14. u. 29. pr. *ad Sct. Vellej.* und C. 4. u. 19. *eod.* eine Art der Intercession darin an, wenn Jemand mit einem Andern so contrahirt, daß es, diesem wissentlich, im Interesse eines dritten Nichtcontrahenten geschieht. Der Mutui datio ist in dieser Beziehung bisher schon mehrfältig Gelegenheit gewesen, Erwähnung zu thun; auch ist Fr. 8. §. 14. *d.* das einzige, welches

1) Fr. 52. *pr. Mandati.* Fr. 30. §. 1. u. 32. §. 2. *eod.* Fr. 16. §. 1. *eod.*

2) Fr. 26. §. 2. *Mandati.*

keinen solchen Fall, worin für einen Andern ein Darlehn aufgenommen worden ist, sondern die allgemeinere Wendung hat: Si quum essem tibi contracturus, mulier intervenerit, ut cum ea potius contraham, videtur intercessisse; etc. Indessen ist ohne Zweifel ebenso gut jeder andere Contract ohne Unterschied außer dem Darlehn zu verstehen, wenn auch in dieser Hinsicht etwas Genaueres in den Quellen nicht vorkommt. Daß der intercedirende Contrahent bei zweiseitigen Contraeten auch Rechte erwirbt, kann an dem Begriff der Intercession nichts ändern; denn dieselbe besteht in der Uebernahme der Verbindlichkeit für einen Andern ohne eigenes Interesse, und der intercedirende Contrahent erwirbt ja auf der andern Seite keine Rechte für sich, sondern für den Dritten.

Zwischen diesem und jenem nemlich waltet, wie bei den meisten andern Intercessionsarten ein Mandatsverhältniß vor, in dem der Mandatar nomine proprio contrahirt. Nur kommt der andere Contrahent dem dieser Intercessionsart zum Grunde liegenden Rechtsgeschäft und ihrer eigenthümlichen Beschaffenheit zufolge, mit dem Mandanten in gar keine Berührung, und das zwischen diesem und dem Mandatar bestehende Rechtsverhältniß der Rückverantwortlichkeit in gar keinen Betracht. Denn das Charakteristische bei dem in Rede stehenden Geschäft ist es ja eben, daß der andere Contrahent nur mit dem Mandatar, d. h. contemplatione ejus oder weil er personam ejus eligit [1]), contrahirt. Ohnedies wäre in dem Geschäft keine Intercession enthalten, der Mandatar intercedirte nicht, sondern contrahirte nur als Prokurator des Mandanten, und es kämen sonach die Grundsätze von den Wirkungen und Folgen des Mandatscontracts in Bezug auf dritte Personen zur Anwendung.

Dagegen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der

1) C. 13. *Si certum petatur* und C. 7. §. 1. *Quod cum eo qui.*

dritte Betheiligte dem andern Contrahenten durch in rem versio verbindlich werden kann; hat er am Geschäft auf irgend eine Weise selbstthätig Theil genommen, z. B. durch ratihabitio, so findet ebenfalls eine unmittelbare Haftung Statt. Es kann nach den Umständen deßhalb im Einzelfall sehr große Aufmerksamkeit nöthig sein, um richtig zu beurtheilen, ob dieses oder jenes Geschäft, ob eine Intercession oder keine vorhanden sei.

Es versteht sich, daß der Einfluß des Wissens und Nichtwissens des Gläubigers, d. i. des andern Contrahenten, bei dieser Intercessionsart, dieselbe ist, wie bei jeder andern. (S. 57.)

Hiernach sind nun die Verschiedenheiten und Aehnlichkeiten einiger anderer Rechtsgeschäfte mit der gedachten Intercessionsart leicht zu erkennen, und deren Verhältniß zu ihr zu bestimmen, welche auf den ersten Anblick neben ihr zu regeln und in bestimmte Gränzen zu weisen nicht ganz leicht scheint; ich meine das Contrahiren durch einen Prokurator, und das Contrahiren unter fremdem Namen. Des erstern ist schon Gelegenheit gewesen, Erwähnung zu thun [1]), und ihn mit dem intercedirenden Contrahenten in einen richtigen Gegensatz zu bringen. Demungeachtet findet aber zwischen diesem und dem Prokurator darin eine große Aehnlichkeit nach römischem Rechte Statt, daß letzterer auswahlsweise mit dem Mandanten vom andern Contrahenten im Allgemeinen und unmittelbar belangt werden kann. Diese gleiche Wirkung beider Rechtsverhältnisse ist jedoch nur zufällig, und allein die ganz verschiedene Grundlage beider in der Form ist wesentlich und für ihren Charakter entscheidend. — Gegenwärtig kann bekanntlich der Prokurator sich der Ein-

---

1) Vom in rem suam procurator ist hier keine Rede, dieser gehört einer andern Sphäre an.

rede der Arglist bedienen, und die gegen ihn erhobene Contractsklage von sich an den Mandanten abweisen [1]).

Die Lehre vom Abschluß eines Contracts auf fremden Namen, zur Erläuterung des Codextitels: Si quis alteri vel sibi sub alterius nomine vel aliena pecunia emerit, ist von Gesterding [2]) gründlich und gut erörtert worden. Mit ihm ist zu unterscheiden, und zwar in Gemäßheit des Grundsatzes Fr. 34. *de R. J.* Semper in stipulationibus et in ceteris omnibus contractibus id sequimur, quod actum est, — 1. der Fall, da Jemand, der mit einem Andern bereits einen Contract geschlossen hat, diesen auf eines Andern Namen insofern und zu dem Ende schreiben lassen will, daß der Andere sowohl in Rechten als Verbindlichkeiten an seine Stelle treten soll. Hierzu gehört der Wille des andern Mitcontrahenten, und es ist zum Uebergang der Pflichten und Rechte sowohl Cession auf der einen, als Novation durch Expromission auf der andern Seite nothwendig. Intercession findet hier gar nicht Statt, weil der Eintretende wegen des Erwerbes der Rechte und des gesammten Obligationsverhältnisses ein eigenes Interesse hat. Da Geschäfte der Art aber sehr leicht gemißbraucht werden können, um eine wirkliche Intercession zu bemänteln und zu verhüllen, und wenn Weiber dabei betheiligt sind, in concreto sich darüber sehr feine thatsächliche Fragen gestalten können, so kann auch hier große Vorsicht nöthig werden, um das Wahre zu erkennen. 2. Hat Jemand von Anfang herein unter eines Andern Namen contrahirt, aber nicht als Prokurator und nicht in der Absicht, daß ihm daraus Rechte erworben werden sollen, sondern aus andern Gründen, oder ohne solche,

1) Mühlenbruch Cession S. 117—123. 2te Ausg.

2) Irrthümer u. s. w. S. 239 ff.

so liegt eine Simulation vor [1]). Natürlich ist dabei vorausgesetzt, daß alles Thatsächliche erwiesen und außer Zweifel ist. Auch dann ist keine Spur einer Intercession vorhanden, es leidet dieser Fall vielmehr gar keine Zusammenstellung mit ihr, so daß Aehnlichkeit oder Verschiedenheit zwischen beiden zu suchen wären.

1) Vergl. Mühlenbruch Pandektenrecht §. 97.

III.

Zu der Lehre von den bona vacantia.

Von

v. Schröter.

Nach dem ältern ius civile standen die bona vacantia unter keinen eigenthümlichen Grundsätzen. Wie jeder andere Nachlaß unterlagen sie der gewöhnlichen occupatio und pro herede usucapio der Bürger [1]). Die letztere war jedoch in diesem Falle dadurch begünstiget, daß sie durch keine hereditatis petitio gestört werden konnte. Da sie aber auf die corpora hereditaria beschränkt war, so wurden die Schuldner des Erblassers frei, und die Gläubiger desselben verloren ihre Forderungen.

Daß es der usucapio auch zu dem Erwerbe solcher Güter bedurfte, beweis't daß dieselben nicht herrenlos waren. Die entgegengesetzte Ansicht, welche wohl so weit geht, überhaupt die zu einer hereditas iacens gehörigen Sachen für herrenlos zu erklären [2]), beruht auf einem Mißverständnisse. Da das Vermögen des Verstorbenen in der hereditas iacens,

1) Cic. de LL. II, 19. „Tertio loco, si nemo sit heres, is qui de bonis, quae eius fuerint, quum moritur, usuceperit, plurimum possidendo.“ 20. „aut si maiorem partem pecuniae capiat.“

2) v. Buchholtz Versuche. S. 73.

welche die Person desselben vertritt [1]), erhalten wird, so ist es nicht herrenlos, und kann nur durch eine Begebenheit, welche zugleich die Rechte der hereditas iacens an ihm aufhebt, d. h. durch Erbschaftserwerb oder usucapio, von einem Ueberlebenden erworben werden. Wenn Gajus und Ulpianus die Güter der hereditas iacens zu den res nullius stellen [2]), oder sagen, daß sie „sine domino" wären [3]), so hat dieses nur den Sinn, daß für dieselben, bis zu dem Erbschaftserwerbe, kein sichtbarer Eigenthümer vorhanden sei [4]); nicht den, daß sie herrenlos, res nullius in dieser Bedeutung, wären. Da aber die Erhaltung des Vermögens in der hereditas iacens von dem Dasein eines heres unabhängig ist, so kann auch für die bona vacantia kein anderes Recht gegolten haben, und dieses bestätiget sich vollständig durch die usucapio. Nur für die Obligationen des Erblassers, welche kein Gegenstand der occupatio und usucapio sein konnten, traf, wenn dieser Ausdruck erlaubt wäre, wenigstens eine thatsächliche Herrenlosigkeit ein.

In demselben Umfange, in welchem sich die bonorum possessio ausbildete, wurde später die usucapio der vacantia durch das interdictum quorum bonorum und die hereditatis petitio possessoria beschränkt, und da der bonorum possessor heredis loco war, so bildete sich dadurch der neuere Begriff der vacantia, nach welchem sie auch den Mangel eines prätorischen Erben voraussetzen [5]).

---

1) Pompon. L. 15. pr. Dig. de interrog. in iure. „domini loco habetur hereditas." Gai. L. 31. §. 1. Dig. de hered. instit. „creditum est, hereditatem dominam esse, defuncti locum obtinere." Ulpian. L. 34. Dig. de acquir. rer. domin. „hereditas non heredis, sed defuncti personam sustinet."

2) L. 1. pr. Dig. de divis. rer. L. 3. pr. Dig. de pecul.

3) L. 1. pr. Dig. de success. ed.

4) Ulpian. L. 13. §. 5. Dig. quod vi aut clam.

5) Ulpian. Fr. XXVIII, 7. Callistrat. L. 1. §. 2. Dig. de iur. fisc.

Nach dem ius pontificium standen sie dagegen unter dem besonderen Grundsatze: daß, wer am mehrsten von ihnen usucapirt habe, die sacra des Erblassers übernehmen müsse [1]. Dieser Grundsatz war ohne Zweifel älter, als das prätorische Recht, und kann, obgleich auch dieser erst durch die usucapio Civileigenthümer wurde, nicht auf den bonorum possesor, sondern nur auf die vacantia bezogen werden. Da jener heredis loco war, so wurde er gewiß auch rücksichtlich der sacra als heres behandelt [2].

Das ältere Recht der vacantia schließt mit der Republik. Die lex Julia et Papia Poppaea stellte dieselben zu den caduca, und überwies sie dadurch dem aerarium [3], von welchem sie später auf den fiscus übergingen [4]. Daß die lex Julia ihnen ihre Stelle unter den verschiedenen caducis gegeben, und sie aus diesem Standpunkte dem aerarium überwiesen hat, kann wohl nicht mit Grund bezweifelt werden. Das ganz unverdächtige Zeugniß des Ulpianus „ex lege Julia caducaria“, wird durch eine Reihe anderer Stellen, welche

1) Cic. l. c.

2) Heimbach De sacrorum privatorum mortui continuandorum apud romanos necessitate. Lips. 1827. §. 5. §. 11. Abweichend: v. Savigny Ueber die sacra privata der Römer, in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtw. Bd. 2. Nr. XV.

3) Ulp. Fr. XXVIII, 7. „et si nemo sit, ad quem bonorum possessio pertinere possit, aut sit quidem, sed ius suum omiserit, populo bona deferuntur ex lege Julia caducaria.“ L. 96. §. 1. Dig. de legat. I. „Quoties lege Julia bona vacantia ad fiscum pertinent, et legata et fideicommissa praestantur, quae praestare cogeretur heres, a quo relicta erant.“

4) Ob dieser Uebergang erst durch die Constitution des Antoninus Caracalla, welche alle caduca dem fiscus überwies, Ulp. Fr. XVII, 2., bewirkt wurde, oder schon früher eingetreten war, ist zweifelhaft. Die aus der früheren Zeit redenden Stellen, wie L. 50. pr. Dig. de manumiss. testam., können entweder interpolirt sein, oder ihre Verfasser bedienten sich des Ausdrucks fiscus, weil dieser zu ihrer Zeit schon an die Stelle des aerarium getreten war.

die vacantia caduca nennen [1]), wie umgekehrt, Tacitus die caduca „vacantia" nennt [2]), bestätiget. Dazu kömmt die gleiche Behandlung der vacantia mit den übrigen caducis, so weit nicht die Eigenthümlichkeiten beider etwas besonderes auf der einen oder anderen Seite veranlaßt hatten. Gewisse Grundsätze: wie die Regel caduca cum onere [3]); daß die caduca zu einer vindicatio oder in rem actio, welche unter dem s. g. SC. Inventianum steht, d. h. zu einer hereditatis vindicatio, berechtigen [4]); daß sie einer agnitio von Seiten des aerarium oder des fiscus bedurften, waren allen caducis so gemein [5]), wie die Namen, durch welche sie bezeichnet wurden. Erst nach und nach scheinen die Eigenthümlichkeiten der verschiedenen caduca oder vacantia auch den sprachlichen Gegensatz der caduca in dem engeren Sinne, der

---

1) L. ult. Th. Cod. de bon. vacant. „vacantia vel caduca bona", „vacans caducumque", „vacantia vel caduca." L. 2. Th. Cod. de incorporat. „caducas vacantesque facultates." L. 11. Th. Cod. de petitionib. „super vacantibus et caducis." L. 12. eod. „caducas." L. 20. eod. „bona vacantia et caduca." L. 30. eod. „caduca." L. 31. eod. „caduca vel vacantia bona." L. 34. eod. „caducorum." L. un. §. 14. Cod. de caduc. tollend. „caducorum vindicationem." L. ult. Cod. de bonis vacant. „vacans cadensque." — B. Brisson. de V. S. v. caduca.

2) Annal. III, 25. 28. „Acriora ex eo vincla, inditi custodes, et lege Papia Poppaea praemiis inducti, ut si a privilegiis parentum cessaretur, velut parens omnium populus *vacantia* teneret.

3) Ulp. Fr. XVII, 3. Gai. L. 9. Dig. de S. C. Silan. Paul. L. 2. §. 2. Dig. si quis aliq. test. prohib. Papin. L. 16. §. 2. Dig. de his quae ut indign. Paul. L. 60. §. 1. Dig. de condit. et demonstr. Ulp. L. 3. §. 5. L. 17. §. 5. Dig. ad S. C. Trebell.

4) Ulp. Fr. eod. L. 20. §. 7. Dig. de hered. pet. Modestin. L. 8. Gai. L. 14. Ulp. L. 43. Dig. de iur. fisc. Paul. L. 60. §. 1. Dig. de cond. et demonstr. Justin. L. un. §. 14. Cod. de caduc. toll. Marezoll in dieser Zeitschrift Bd. 1. Nr. 20.

5) Auch in der L. 22. Cod. de appell. werden die vacantia und die ereptoria zusammen gestellt.

ereptoria[1]) und der vacantia in dem engern Sinne hervorgerufen zu haben. Nach diesem Zusammenhange kann man auch keinen Anstand nehmen, die von den caduca redenden Stellen, wenn sie auch wörtlich oder ursprünglich nur auf die caduca in dem engeren Sinne, welche Justinianus aufgehoben hat, gehen oder gegangen sein mögen, so weit sie keine besondere Beschränkung auf jene enthalten, allgemein zu nehmen. In Justinians Rechtsbüchern können sie, nach der Aufhebung jener caduca, ohnehin nur in der allgemeinen Bedeutung genommen, und nur auf die übrig gebliebenen caduca, wie die vacantia in dem engeren Sinne und die ereptoria, bezogen werden[2]).

Seine weitere Ausbildung verdankt das neuere Recht der vacantia größten Theiles der Wissenschaft. Die Gesetzgebung wendete sich demselben erst sehr spät wieder zu, in den Constitutionen der Kaiser Valens, Gratianus und Valentinianus[3]), und der Kaiser Theodosius II. und Valentinianus III.[4]) über das bei ihrer Agnition und Incorporation zu beobachtende Verfahren. Dagegen hatte man schon früher angefangen, zwischen juristischen Personen ein Vorrecht vor dem fiscus auf die vacantia ihrer Mitglieder oder anderer Angehöriger zu ertheilen. Dieses Vorrecht wurde zuerst von Constantinus den Curien auf die va-

---

1) Daß diese die richtige Lesart bei Ulp. Fr. XIX, 17. ist: Schilling Animadversion. criticar. ad Ulpian. Frag. Sp. IV. Lips. 1831. p. 7—9. Daß die ereptoria auch caduca genannt werden, ist bekannt. Gai. L. 9. Dig. de SC. Silanian. Paul. L. 2. §. 2. Dig. si quis aliq. test. prohib. L. un. §. 12. Cod. de caduc. tollend.

2) Ganz abweichende Ansichten über das Verhältniß der vacantia zu den caduca finden sich bei: Roßhirt Einleitung in das Erbrecht. Landshut 1831. §. 30.

3) L. 1. Th. Cod. de incorporat. L. 11. Th. Cod. de petitionib. L. 3. Cod. de bon. vacant. et de incorporat.

4) L. ult. Th. Cod. de bon. vacant. L. ult. Cod. de bon. vacant. et de incorporat.

cantia der Decurionen [1]), und dem collegium naviculariorum [2]); von Constantius den Legionen und Vexillationen auf die vacantia der Soldaten [3]), und den cohortales derselben Provinz [4]) verliehen. Theodosius II. und Valentinianus III. geben es dem collegium fabricensium [5]), und den Kirchen und Klöstern auf die vacantia der bei ihnen angestellten Geistlichen, der ihnen zugehörigen Mönche und Nonnen [6]). An diese Privilegien schließt sich das schon von Constantinus eingeführte Vorrecht des liberalitatis imperialis socius [7]).

Weiter ist die Gesetzgebung in der Beschränkung des fiscus nicht gegangen, und da die bezeichneten Ausnahmen von der Regel Privilegien bestimmter Personen sind, so gestatten sie keine Ausdehnung. Den Städten haben schon die Kaiser Diocletianus und Maximianus den Anspruch auf die vacantia der Bürger ausdrücklich abgesprochen [8]). Um so weniger können sie auf alle Corporationen, oder wenigstens auf die übrigen Zünfte, erstreckt werden.

---

1) L. un. Th. Cod. de bon. decurion. L. 4. Cod. de hered. decurion.

2) L. 1. Cod. de hered. decurion. navicular. Glück Intestaterbf. Ausg. 2. S. 754. Not. 43.

3) L. 1. Th. Cod. de bon. milit. L. 2. Cod. de hered. decurion. Vegetius de re milit. II, 1. Das in L. 6. §. 7. Dig. de ini. rupt. et irrit. test. L. 4. §. 17. Dig. de fideicomm. libert. berührte Recht, welches schon Hadrianus den Legionen auf die vacantia der Soldaten ertheilt hatte, bezog sich nur auf den Fall des Selbstmordes.

4) L. 3. Cod. de hered. decurion. navicul. cohortalium.

5) L. 5. Cod. de hered. decur. navicul. cohortal. et fabricensium.

6) L. 1. Th. Cod. de bon. clericor. et monachor. L. 20. Cod. de episc. et cleric. — Nov. 131. c. 13.

7) L. 1. L. 2. Th. Cod. si petit. soc. sine hered. defic. L. un. Cod. si liberalitatis imperial. soc. sine hered. defec.

8) L. 1. Cod. de bonis vacant.

Auch für die gewöhnliche Ansicht [1]), daß den Armenhäusern die vacantia ihrer Beneficiaten, den Universitäten die vacantia ihrer Mitglieder gebührten, giebt es gemeinrechtlich keinen Grund. Das Recht der Kirchen und Klöster kann nicht auf die übrigen piae causae übertragen werden, und eben so bedenklich würde es sein, Schulen und Universitäten zu den piae causae zu rechnen. Beides ist zwar häufig geschehen; allein der geschichtliche Zusammenhang, in welchem sich die übrigen piae causae mit den Kirchen und Klöstern ausgebildet haben, berechtiget so wenig zu dem Schlusse, daß alle Rechte dieser auch jener zukommen, als der geschichtliche und der innere Zusammenhang der öffentlichen Lehranstalten mit der Kirche, sie selbst zu piae causae erhebt. Auch der Beweis einer entgegengesetzten gemeinrechtlichen Sitte oder Praxis dürfte nicht zu erbringen sein, sobald man nicht die bloße Berufung der älteren sogenannten Praktiker auf die Praxis für einen Beweis derselben gelten läßt. Denn es leidet keinen Zweifel, daß diese Männer häufig die bloßen theoretischen Ansichten ihrer Zeit, oder ihre eigenen Theorien als Praxis bezeichnet haben; solche Behauptungen bedürfen daher immer einer näheren Prüfung ihres geschichtlichen Grundes. Für die Universitäten dürfte der Beweis jener Praxis um so schwieriger sein, je seltener in ihnen bona vacantia eintreten. So haben sich in der Universität zu Jena seit dem Anfange des vorigen Jahrhunderts nur zwei oder drei solche Fälle ereignet, und in ihnen hat der landesherrliche fiscus sein Recht an den Gütern geltend gemacht. Das Recht der Universitäten kann daher nur auf die besonderen Privilegien der einzelnen Universitäten gegründet werden. In diesem Sinne ist der Universität zu Jena erst in der neuesten Zeit ein solches Privilegium verliehen worden. Welches geschichtliche Resultat

1) Glück Intestaterbfolge. Ausg. 2. §. 204.

indessen die Vergleichung der Stiftungsbriefe der älteren Universitäten ergeben möchte, muß hier unentschieden gelassen werden. Daß schon mehrere Aeltere den gewöhnlichen Ausdehnungen des Rechtes der Kirchen und Klöster widersprochen haben, ist bekannt [1]).

Schwieriger als die Frage: wann dem fiscus die vacantia gebühren, ist die weitere Frage: wie sie ihm gebühren? Die Quellen enthalten hierüber keine zusammenhängende Entwickelung, sondern nur abgebrochene, zerstreute Andeutungen, deren Sinn an sich so schwierig ist, als ihr innerer Zusammenhang. Ueber beide sind daher die Ansichten der Neueren seit der Zeit der Glossatoren sehr getheilt gewesen, und noch die neuesten Untersuchungen über diese Lehre haben die entgegengesetztesten Ergebnisse hervorgebracht. Schon über das Grundwesen der Succession des fiscus, ob sie eine universelle oder eine singuläre sei, hat man sich nicht vereinigen können. Einige [2]) bezeichnen ihn als einen wirklichen Erben,

1) Peregrinus de jure et privilegiis fisci. Lib. IV. Tit. III. §. 14. „Tu adverte quod in materia successionum non est facienda extensio de similibus ad similia, quia hereditates ex legibus deferuntur. Et ideo, extra casus iure decisos, auctoritatibus doctorum contra fiscum non facile est subscribendum." Stryk de success. ab intest. Diss. V. Cp. I. §. 38. 39. Cocceji Disput. de bon. vacant. §. 28.; Exercit. curios. Vol. I. p. 556. Hellfeld Jurisprud. forens. §. 1662. Höpfner Commentar §. 703. Not. 1. Mackeldey Lehrb. d. heutig. RRts. Ausg. 10. §. 629. Schweppe das Röm. Privatr. Ausg. 4. Th. 5. §. 981 a. Not. 5.

2) Bartolus ad L. 4. Cod. de bon. vacant. Cujacius Comm. ad L. 4. Cod. de bon. vacant. Stryk de success. ab intest. Diss. V. Cp. I. §. 45. 46. Koch success. ab intest. §. 118—121. Boehmer Introd. in ius Dig. Lib. XXXVIII. Tit. XVIII. §. 24. „cum ius vacantiae etiam titulum universalem constituat." Hellfeld Jurisprud. forens. §. 1661. „qui in ius defuncti cum omni commodo et incommodo succedit." Madihn Pr. iur. rom. P. II. §. 469. Mackeldey Lehrb. des heutig. RRts. Ed. 10. §. 630. Not. c. Gans das Erbrecht in weltgeschichtl. Entwickelung. Bd. 2. S. 406. 407. „Wenn daher bisweilen die Meinung aufgekommen ist,

heres; nach Anderen [1]) ist er zwar kein wirklicher Erbe, er wird aber rechtlich als ein solcher behandelt, er ist heredis loco. Nach Anderen [2]) ist er ein bloßer Occupant der einzelnen Vermögensstücke. Die beiden ersten Ansichten stimmen darin überein, daß sie den fiscus in die universitas des Nachlasses succediren lassen; nach der dritten Ansicht ist er nur

---

es sey dieses Erbrecht des Fiscus kein wahres Erbrecht, und nur ein Recht herrenlose Sachen zu occupiren, so zieht es diese Meinung vor, den Staat und das Individuum als Einzelne gegenüber, wie im Zusammenhange des Aufeinanderfolgens zu denken." v. Buchholtz Jurist. Abhandl. Nr. 4.

1) Peregrinus a. a. O. §. 22. §. 25. Cocceii a. a. O. §. 44. Nach ihm ist der fiscus loco heredis, aber doch kein Universalsuccessor. Majer die Succession des Fiscus. Ulm 1786. Zweiter Abschn. §. 18—22, Glück Intestaterbf. Ed. 2. §. 206. „nach der Analogie der Erbfolge ab intestato." Thibaut System des Pandectenr. Ed. 8. §. 864. Braun Erörterungen Th. 2. §. 689. „Der Fiscus kann, auch wenn er nicht heres heißt, dennoch heredis loco handeln und belangt werden." Heise, in seinen Vorlesungen vom Sommer 1817. Bd. V. §. 40. Muehlenbruch Doctrin. Pand. Ed. III. §. 612. Fabricius im Rhein. Museum für Jurisprud. Bd. 4. S. 191. Not. Roßhirt Einleitung in das Erbr. S. 222. bezeichnet ihn schlechthin als einen Universalsuccessor.

2) Malbanc Pr. iur. rom. T. II. §. 786. „non ut heres succedit, sed iure singulari non universali." Guenther Pr. iur. rom. priv. §. 825. Not. b. „Fiscum iure occupationis uti, communis sententia est: sed eundem secundum analogiam successionis ab intestato heredis iure censendum existimat Maier etc." Hufeland Lehrb. des gem. Civilr. Th. 2. §. 1378. Weber Erläuterung der Pand. Th. 2. §. 1661. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. B. V. §. 40. Schweppe das Röm. Privatr. Ausg. 4. Th. 5. §. 981. a. „Erbe ist der Fiscus nicht, sondern bevorzugter Occupant." Valett Lehrb. des prakt. Pandectenrechts. Th. 3. §. 954. „nicht als Erbe, sondern kraft eines Hoheitsrechts; und bezahlt also die Schulden und Vermächtnisse nur so weit das Vermögen reicht." Warnkoenig Comment. iur. rom. priv. T. III. §. 1052. „heres haberi non debet." Blume Grundriß des Pandectenr. Halle 1829. S. XXXII. XXXIII. und im Rhein. Mus. für Jurisprud. Bd. 4. Abth. VI.

Singularsuccessor. Beide Ansichten modificiren sich wieder nach den verschiedenen Stellungen, welche man dem fiscus zu den Schulden des Verstorbenen anweist. Einige[1]) haben die Succession des fiscus geradezu auf den Ueberschuß der Activa beschränkt.

Der äußere Beweis, daß der fiscus weder ein wirklicher heres noch ein bonorum possessor sey, liegt schon in den Stellen, welche die ihm zugefallenen vacantia als einen Nachlaß bezeichnen, für welchen kein heres oder bonorum possessor vorhanden ist, oder erklären, daß er in Ermangelung solcher Personen succedire.

Ulpianus Fr. XXVIII, 7.

Et *si nemo sit, ad quem bonorum possessio pertinere possit,* aut sit quidem, sed ius suum omiserit, populo bona deferuntur ex lege Julia caducaria[2]). Callistratus Lib. I. de iure fisci[3]).

Divus Pius Coelio Amarantho ita rescripsit, vacantium bonorum nuntiationem quadriennio finiri, idque tempus ex die, quo certum esse coepit, *neque heredem neque bonorum possessorem extare,* computari oportere.

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. ad Eucharium[4]).

Scire debet gravitas tua, intestatorum res, *qui sine*

---

1) Glossa ad L. 1. L. 4. L. 5. Cod. de bon. vacant. „dominium rerum ipso iure ad fiscum pertinet, *si sunt solvendo,* non alias, deducto tamen aere alieno.“ Fachinaeus Controv. VI, 21. Voet Com. ad Pand. Lib. XXVIII. Tit. XVII. §. 27. Hoffacker Pr. iur. rom. germ. T. II. §. 1430. Blume im Rhein. Mus. a. a. O. S. 216.

2) Aehnlich L. 1. pr. L. 2. Dig. de successor. ed.

3) L. 1. §. 2. Dig. de iur. fisc.

4) L. 1. Cod. de bon. vacant.

legitimo herede decesserint, fisci nostri rationibus vindicandas.

Impp. Honorius et Theodosius AA. et Constantius A. Palladio Pf. P.[1])

Vacantia mortuorum bona tunc ad fiscum iubemus transferri, *si nullum* ex qualibet sanguinis linea vel iuris titulo *legitimum reliquerit intestatus heredem.*

Dasselbe liegt in dem Ausdrucke caducum, welcher einen Nachlaß bezeichnet, der dem fiscus verfallen ist, weil es aus irgend einem Grunde an einem civilen oder einem prätorischen Erben für denselben fehlt. Auch enthalten die Quellen keine Andeutung davon, daß die Sitte, oder die Gesetzgebung, oder die Wissenschaft dem fiscus je einen Platz unter den civilen oder den prätorischen Erben angewiesen hätte. Der Grund hiervon liegt darin, daß, weil der Erbe die Person des Erblassers für dessen Vermögen fortsetzt, nach der Grundansicht des römischen Rechtes, nur eine physische, keine juristische Person Erbe werden kann. Bei der gesetzlichen Erbfolge hat man diese Ansicht nie aufgegeben, und daß in dem älteren Rechte den juristischen Personen auch die testamentifactio fehlte, ist bekannt. Da nun der fiscus, als Successor in die vacantia, wenn er als Erbe aufgefaßt werden sollte, nur als gesetzlicher Erbe hätte gedacht werden können, eine juristische Person aber ~~ein~~ gesetzlicher Erbe werden kann, so konnte ihn auch die Sprache nicht als Erben bezeichnen. Hierauf beruht es auch, daß sich die Quellen bei seiner Succession nicht einmal der Ausdrücke heredis loco, heredis vicem, bedienen; denn diese bezeichnen einen wirklichen prätorischen Erben, im Gegensatze des Civilerben.

---

1) L. 4. Cod. eod. — L. 1. Cod. de donat. inter. vir. et uxor. — L. 5. Th. Cod. de bon. vac. L. 11. L. 30. Th. Cod. de petitionib. Nov. Anthem. Tit. III. de bon. vacant. §. 1. 2. Jus civ. antej. T. II. p. 1399. — L. un. §. 13. Cod. de caduc. toll. — L. 5. Cod. de bon. vac. — Nov. I. c. 1. §. 1. §. 3.

Ist nun gleich der fiscus weder heres, noch bonorum possessor, noch heredis loco, so würde daraus doch noch nicht die Nothwendigkeit folgen, ihn für einen bloßen bevorzugten Occupanten der einzelnen Vermögensstücke, mithin einen bloßen Singularsuccessor, zu erklären. Es könnte hier, wie in anderen Fällen, eine selbstständige Universalsuccession eintreten, und der fiscus könnte bei dieser, obgleich weder heres noch heredis loco, doch rechtlich wie ein Erbe behandelt werden. Diese Ansicht würde sich schon dadurch empfehlen, daß die vacantia zu den caducis gehörten, die, wo sie nicht in bestimmten Einzelnheiten des Vermögens bestanden, wie dieses bei Legaten der Fall sein konnte, gerade eine solche Universalsuccession begründeten. Die entgegengesetzte Ansicht, nach welcher der fiscus ein bloßer bevorzugter Occupant sein soll, enthält nicht allein in sich etwas Widersprechendes, sondern führt auch zu anderen Schwierigkeiten und Verwickelungen. Da die vacantia dem fiscus gesetzlich zugewiesen sind, so scheidet er schon deßhalb aus dem Gesichtspunkte eines Occupaten aus, wie er denn auch der Ersitzung nicht bedarf, deren die Occupanten des Nachlasses bedürfen. Und in welchem Verhältnisse sollte er, als bloßer Occupant, zu den Obligationen des Nachlasses gedacht werden? Da nur die corpora hereditaria Gegenstände der Occupation sein könnten, so würde sein Recht auf diese beschränkt werden müssen. Ohne eine wirkliche Succession in die Obligationen würde er weder eine Klage gegen die Schuldner des Erblassers haben, noch von den Gläubigern desselben belangt werden können. In Obligationen giebt es aber, aus tiefer liegenden Gründen, nur Universal- keine Singularsuccession. Zwar giebt es prätorische Singularsuccessionen in bestimmte einzelne Forderungen, aber eine prätorische Singularsuccession in die sämmtlichen Obligationen einer Person wäre ohne Beispiel.

Den Gegenstand der Succession des fiscus bilden in den

Quellen überall die res [1]), die facultates [2]), die bona [3]), die vacantia bona [4]) des Verstorbenen. Es sind dieselben Ausdrücke, welche den Gegenstand der civilen und der prätorischen Erbfolge bezeichnen. In einer anderen Stelle [5]) bildet das patrimonium des Verstorbenen den Gegenstand der fiscalischen Succession. Dieselbe Constitution unterscheidet ausdrücklich die Fälle, daß dem fiscus das gesammte Vermögen, oder eine pars bonorum, oder eine Einzelnheit desselben zugefallen ist [6]). Es fehlt auch nicht an Stellen, in welchen geradezu die hereditas [7]), oder die successio [8]) des Verstorbenen den Gegenstand dieses Rechtes bildet. Die bona vacantia, welche Jemand von dem fiscus gekauft hat [9]), werden in einer anderen Stelle als hereditas nomine fisci vendita bezeichnet [10]). Dieselben bona, welche den Gegenstand der bonorum possessio bilden, werden dem fiscus deferirt, oder der possessio der Gläubiger überlassen [11]). Wie die bona

1) L. 1. Cod. de bon. vacant.

2) L. 2. Th. Cod. de incorporat. L. 4. Cod. de praepos. sacri cubicul.

3) L. 1. §. 1. L. 11. Dig. de iur. fisc. L. 114. §. 2. Dig. de legat. I. L. 2. §. 1. Dig. de aliment. legat. L. 4. §. 17. §. 20. Dig. de fideicom. libert. L. 10. Cod. de inoff. test. L. 1. Cod. de bon. vacant.

4) L. 20. §. 7. Dig. de hered. pet. L. 6. §. 7. si quis omissa caus. test. L. 1. §. 2. Dig. de iur. fisc. L. 96. §. 1. L. 114. §. 2. Dig. de legat. et fideicomm. I. Th. Cod. de bon. vacant. Just. Cod. de bon. vacant.

5) L. 5. Cod. de bon. vacant.

6) „Quae forma etiam in parte bonorum, vel in una alterave re, seu actione una, vel etiam pluribus servetur."

7) L. 1. Cod. de hered. decurion. Nov. I. cp. 1. §. 2. „omnia bona" „hereditas."

8) L. 3. C. eod.

9) L. 41. Dig. de iur. fisc.

10) L. 1. Cod. de hered. vel act. vend.

11) L. 1. pr. Dig. de successor. ed.

dem heres oder dem bonorum possessor deferirt werden, ebenso „fisco deferuntur“ [1]). Verbindet man mit diesen Bezeichnungen

ULPIANUS Lib. XXXIX. ad. Ed. [2])

Bona autem hic, *ut plerumque solemus dicere*, ita accipienda sunt: *universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui*, suscipitur eius rei commodum et incommodum; nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum, sive in corporibus sunt, sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur.

so kann es wohl schon nach ihnen kaum zweifelhaft sein, daß der fiscus in die universitas des Nachlasses succedirt. Die letzte Stelle erklärt den Begriff der bona zwar zunächst in Beziehung auf die bonorum possessio; sie fügt aber ausdrücklich hinzu, daß dieses der gewöhnliche rechtliche Begriff der bona sei, „ut plerumque solemus dicere“, und da dieselben bona, welche der Gegenstand der bonorum possessio sind, auch den der Succession des fiscus bilden, so kann man nicht anstehen, denselben Begriff auch hier anzuwenden. So wird auch der fiscus zu den successores in den Nachlaß gestellt, in einer Verbindung mit entschiedenen Universalsuccessoren, welche keinen Zweifel übrig läßt, daß er dadurch ebenfalls als Universalsuccessor bezeichnet werde.

ULPIANUS Lib. XLIX. ad Ed. [3])

E re igitur Praetor putavit, praestituere tempus his, quibus bonorum possessionem detulit, et dare inter eos successionem, ut maturius possint creditores scire, utrum habeant quum quo congrediantur, an vero bona

---

1) ULP. Fr. XXVIII, 7. L. 1. pr. L. 2. Dig. de success. ed. L. ult. Th. de bon. vacant.

2) L. 3. pr. Dig. de bonor. possessionib.

3) L. 1. pr. Dig. de successor. ed.

vacantia fisco sint delata, an potius ad possessionem procedere debeant, ***quasi sine successore defuncto.***

Marcianus Lib. VIII. Institut. [1].

Et licet ad fiscum bona fuerint devoluta, ex quibus alimenta debeantur, praestanda sunt, sicut si ad ***quemlibet alium successorem*** **transilissent.**

Gaius Inst. Comment. III, 78.

Mortuorum bona veneunt, velut eorum, quibus certum est, neque heredes, neque bonorum possessores, neque ***ullum alium iustum successorem existere.***

Daß auch Gajus in dieser Stelle unter dem „alium iustum successorem" den fiscus mit begreift, beweisen die übrigen Stellen [2], nach welchen über die bona vacantia nur dann der Concurs eröffnet wird, bona veneunt, a creditoribus possidentur, wenn der fiscus sie ausschlägt.

Der schon durch diese äußeren Zeugnisse geführte Beweis, daß der fiscus in den vacanten Nachlaß per universitatem succedirt, erhält eine neue Stütze durch die Verwandtschaft der vacantia mit den caducis. Daß diese, wo ihr Gegenstand die hereditas oder ein Bruch derselben war, eine Universalsuccession begründeten, wird wohl nicht bestritten, und bestätigt sich noch in Justinians Rechtsbüchern durch die hereditatis petitio der ereptoria [3]), und durch an-

---

1) L. 2. §. 1. Dig. de aliment. legat. Auch in L. 4. pr., verglichen mit §. 17. §. 20. Dig. de fideicommiss. libert. wird der fiscus unter den „successores" in den Nachlaß begriffen. Ebenso in §. 1. §. 4. Inst. de eo cui libert. caus. bon. add. unter dem successor ab intestato.

2) L. 70. §. 1. Dig. de acq. vel om. hered. L. 1. pr. Dig. de successor. ed. L. 50. pr. Dig. de manumiss. testam. L. 1. §. 1. Dig. de iur. fisc. — L. 8. §. 1. Dig. qui testam. facer. poss. — §. 1. J. de eo cui libertat. conserv.

3) Marezoll in dieser Zeitschrift. Bd. 1. Nr. 20.

dere Andeutungen [1]). Warum hätte es bei dieser Art der caduca, der vacantia, anders seyn sollen? Alle Zweifel verschwinden aber durch das innere Wesen dieser fiscalischen Succession.

I. Da die hereditatis petitio eine actio de universitate ist [2]), so bildet ihre directe oder utile Anwendung ein sicheres Kennzeichen einer per universitatem successio. Diese Klage gebührt aber dem fiscus zu der Geltendmachung seines Rechtes an der universitas des Vermögens, ganz wie dem Erben, unter Anwendung des s. g. SC. Iuventianum.

Ulpianus Lib. XV. ad Edictum [3]).

> Ait senatus; *Quum antequam partes caducae fisco peterentur;* hoc evenerat, ut partes caducae fisco peterentur; sed etsi ex asse fiat, Senatusconsultum locum habebit. Idem et si *vacantia bona fisco vindicarentur*, vel *si ex alia quacunque causa bona ad eum pervenerunt.*

Diese kleine Stelle aus Ulpians Erklärung des SC. Iuventianum ist sehr reichhaltig. Sie zeigt zunächst, daß der fiscus sein Recht an den caduca durch die hereditatis petitio geltend macht; durch die auf das Ganze, oder durch die auf eine pars gerichtete, nachdem das as oder eine pars der hereditas caducum geworden war. In beiden Fällen kam, wie sonst, das Senatusconsult zur Anwendung. Dasselbe galt aber auch, wenn der fiscus die vacantia bona vindicirte, oder demselben aus einem andern Grunde ein Vermögen zugefallen war, und hierdurch zeigt Ulpianus zu-

---

1) L. 16. §. 2. Dig. de his quae ut indignis. „et ideo cum suo onere fiscum *succedere*."

2) L. 54. pr. Dig. de hered. pet. L. 1. pr. Dig. si pars hered. pet. L. 1. pr. Dig. de rei vind. L. 7. Cod. de petit. hered. — Gai. IV, 17.

3) L. 20. §. 7. Dig. de hered. pet.

gleich, daß demselben in beiden Fällen die hereditatis vindicatio gewährt wurde. Das Letztere bestätigen noch andere Stellen [1]). Von besonderer Erheblichkeit ist dabei wieder der Zusammenhang der vacantia mit den übrigen caduca. Ulpianus wendet nur das, was von diesen gilt, auf jene an. Die hereditatis petitio der vacantia ist daher nichts ihnen Eigenthümliches, sondern eine bloße Anwendung des allen caducis hereditatibus gemeinsamen Rechtsmittels. Dieses bestätigen die zahlreichen Stellen [2]), welche von den übrigen caducis dasselbe sagen.

Daß die hereditatis petitio die fiscalische Klage gegen den Besitzer der vacantia sei, ist schon von älteren Juristen bemerkt worden [3]). Sie steht auch hier unter den gewöhnlichen Grundsätzen, und geht daher nur gegen diejenigen, welche die hereditas pro herede oder pro possessore besitzen. Gegen andere Besitzer hat sich auch der fiscus einer sigularum rerum actio zu bedienen. Possessorische Rechtsmittel, bloß zu der Erlangung des Besitzes der vacantia, hat der fiscus nicht. Das interdictum quorum bonorum gebührt nur dem bonorum possessor; und obgleich der fiscus rücksichtlich der vacantia sonst nach Analogie desselben behandelt wird, so würde es doch zu gewagt sein, ihn ohne ein ausdrückliches Zeugniß der Quellen, auch in dieser Beziehung demselben gleich zu stellen. Die besonderen Gründe, welche dem bonorum possessor das Interdict verliehen haben, sind ohnehin bei dem fiscus nicht vorhanden. Nicht einmal durch

1) L. 3. §. 5. L. 6. §. 3. Dig. ad. SC. Trebell. L. 50. pr. Dig. de manumiss. test. L. 14. Dig. de. iur. fisc. L. 1. pr. Cod. de hered. pet. L. 1. Cod. de bon. vacant. L. 4. Cod. de praepos. sacri cubicul.

2) S. 92. Note 4.

3) Peregrinus a. a. O. §. 24. mit Beziehung auf Bartolus Stryck a. a. O. §. 44. mit Beziehung auf Tiraquellus und Andere.

die Agnition der bonorum possessio kann er sich, da ihm keine solche deferirt ist, das Interdict verschaffen. Die Ansicht, daß ihm das s. g. interdictum quorum bonorum utile zukomme, konnte nur bei den Aelteren [1]) entstehen, welche ein solches Interdict aus der L. 1. Cod. quor. bonor. ableiteten.

II. Da dem fiscus die bona als solche zufallen, da er sie als universitas vindicirt, so würde schon daraus folgen, daß er auch in die Obligationen des Erblassers succedirte, und dieses würde wieder die per universitatem successio desselben bestätigen. Bei den übrigen caduca lag der Eintritt des fiscus in die Obligationen schon in dem Grundsatze caduca cum onere [2]). Und warum hätte der fiscus auch, wo er an der Stelle des alten ius accrescendi in eine vacante Erbportion trat, von den Forderungen des Nachlasses ausgeschlossen, oder von den Schulden desselben befreit sein sollen? Und warum hätte es bei seinem Eintritte in einen ganzen vacanten Nachlaß anders sein sollen?

Für den Eintritt des fiscus in die Forderungen der vacantia würde noch specieller der Grund entscheiden, daß die hereditatis petitio, unter gewissen Voraussetzungen, auch gegen die Schuldner des Nachlasses gerichtet ist [3]). Er ergiebt sich aber auch aus den Wirkungen des Verkaufes der vacanten Erbschaft von Seiten des fiscus, und aus:

Imp. Antoninus A. Triphenae [4]).

Bona quondam mariti tui fiscus si nemine ei successore existente ut vacantia occupavit, donationes ab eo factae,

1) Stryck a. a. O.

2) Siehe S. 122. Note 2.

3) L. 13. §. 15. L. 14. L. 15. L. 16. pr. §. 3. L. 42. Dig. de hered. pet.

4) L. 1. Cod. de donat. inter. vir. et uxor.

si usque ad finem vitae in eadem voluntate permansit, revocari non possunt.

Hier wird dem fiscus die Einziehung der von dem Erblasser an dessen Ehefrau gemachten Schenkungen nur versagt, weil dieselben durch dessen Tod confirmirt worden waren; in dem entgegen gesetzten Falle würde er dazu berechtiget gewesen sein.

Ueber den Eintritt des fiscus in die Forderungen ist auch wohl nie Streit gewesen. Um so getheilter sind die Ansichten über seine Stellung zu den Schulden der vacantia. Die communis sententia doctorum war frühzeitig, daß der fiscus zwar für die Schulden hafte, aber nur zu dem Belaufe der vacanten Activa, selbst wenn er kein Inventarium errichtet habe. Dieser Ansicht waren sichtbar schon die Glossatoren, da, nach der Glosse des Accursius[1], die vacantia dem fiscus überhaupt nur zufallen, so weit sie „solvendo" sind. Auch bei Bartolus, Joannes ab Imola, Alexander Cartagnus, Jason Maynus, findet sich die communis sententia. Ebenso bei den mehrsten Späteren[2]. Peregrinus sagt: „quia fiscus non capit bona uti haeres". Dasselbe wiederholt Cocceji, mit dem Zusatze: „sed tamquam possessor pro aestimatione bonorum convenitur". Hiernach succedirt der fiscus in die Schulden gar nicht; er kann nur als Besitzer der Activa belangt werden, so viel von denselben herauszugeben, als die Befriedigung der Gläubiger erfordert. Diese Ansicht fällt mit der,

---

1) S. 98. Note 1.

2) Peregrinus a. a. O. §. 25. Cocceji a. a. O. §. 47. Heineccius ad L. Jul. et PP. III, 7. §. 5. Hoffacker Pr. iur. rom. germ. T. II. §. 1430. Malblanc Pr. iur. rom. T. II. §. 786. Hufeland Lehrb. des gem. Civilr. Th. 2. §. 1378. Weber Erläuter. der Pand. Th. 2. §. 1661., und die vielen, bei Stryck a. a. O. §. 52. Glück a. a. O. §. 209. Note 92. Citirten. Heise a. a. O.

zuletzt von Blume vertheidigten, des Accursius zusammen, daß der fiscus nur in den Rest der Activa succedire [1]). Eine andere Ansicht [2]) läßt ihn dagegen nicht allein auch in die Schulden wirklich eintreten, sondern auch schlechthin für dieselben haften, es sei denn, daß er ein Inventarium errichtet hätte.

Die Quellen enthalten über diesen Gegenstand zunächst folgende Zeugnisse:

JAVOLENUS Lib. IX. Epistol. [3]).

Non possunt ulla bona ad fiscum pertinere, nisi quae creditoribus superfutura sunt; id enim bonorum cuiusque esse intelligitur, quod aeri alieno superest.

CALLISTRATUS Lib. I. de iur. fisc. [4]).

An bona, quae solvendo non sint, ipso iure ad fiscum pertineant, quaesitum est. *Labeo* scribit, etiam ea quae solvendo non sint, ipso iure ad fiscum pertinere. Sed contra sententiam eius edictum perpetuum scriptum est, quod ita bona veneunt, si ex his fisco acquiri nihil possit.

Diese Stellen werden von Allen, welche den fiscus nur in den Rest der Activa succediren, oder nur zu dem Belaufe der letzteren für die Schulden haften lassen, als Beweise angeführt. Eine sorgfältigere Untersuchung derselben ist jedoch jenen Ansichten nicht günstig.

Javolenus sagt nicht: „der fiscus succedirt nur in den Rest der Activa, welcher nach der Befriedigung aller

1) S. 98. Note 1.

2) Stryck a. a. O. §. 53. WERNHER Lectiss. Comment. XXXVIII, 17. §. 24. MADIHN Pr. iur. rom. T. II. §. 469. Glück a. a. O. §. 209. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. B. 5. §. 40. Gans Erbr. Th. 2. S. 407. Roßhirt Einleitung S. 222. 223. v. Buchholtz Jur. Abhandl. Nr. 4.

3) L. 11. Dig. de iur. fisc.

4) L. 1. §. 1. Dig. eod.

Gläubiger übrig bleibt," sondern: „nur dieser gebührt ihm." Er setzt nur eine Gränze für das, was der fiscus, den Gläubigern des Erblassers gegenüber, von den Activis für sich behalten darf, ohne die Frage zu berühren, wie weit er ihnen haftet. Daß Beides nicht confundirt werden darf, bedarf keiner Erwähnung. Es sind zwei ganz verschiedene Sätze: „der fiscus darf nur den reinen Betrag der Activa für sich behalten," und „er haftet nur zu dem Betrage derselben." Javolenus sagt in Bezug auf den fiscus nicht mehr und nicht weniger, als was eine andere Stelle allgemein für alle Gütermassen sagt:

Paullus Lib. LIII. ad Edict. [1]).

Bona intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt.

ohne daß man daraus je den allgemeinen Grundsatz abgeleitet hätte, oder hätte ableiten können, daß, wer in fremde bona succedirte, nur in den Rest der Activa eintrete, oder den Gläubigern nur zu dem Betrage derselben hafte.

Auch Callistratus sagt rücksichtlich des fiscus weder das Eine noch das Andere. Der Sinn der Stelle ist vielmehr: „man hat die Frage aufgeworfen, ob auch ein insolventes Vermögen ipso iure dem fiscus zufalle? Labeo hat dieses bejaht; allein gegen seine Ansicht ist ein edictum perpetuum aufgestellt worden, welches bestimmt hat, daß über insolvente Vermögen der Concurs eröffnet werden soll." Die Ansicht des Labeo wird mithin nicht für unrichtig erklärt, sondern nur berichtet, daß gegen sie das bezeichnete Edict gegeben worden sei.

Hieraus ergibt sich, daß man zu der Zeit des Labeo, also unmittelbar nach der lex Julia, den fiscus nicht als einen bloßen Singularsuccessor in den Rest der Activa be-

1) L. 39. §. 1. Dig. de V. S.

trachtete. Sonst wäre die Frage so unmöglich gewesen, wie die Antwort. Damals wurde er entschieden als ein Universalsuccessor in das ganze Vermögen behandelt, und haftete daher auch schlechthin für die Schulden. Um aber die daraus erwachsenden Nachtheile von ihm abzuwenden, wurde später durch jenes Edict bestimmt, daß über insolvente Vermögen Concurs eröffnet werden sollte.

Um das Letztere vollständig zu verstehen, darf zunächst nicht unbemerkt bleiben, daß Callistratus so wenig wie Javolenus speciell von vacanten Gütern redet, sondern daß beide ganz unbestimmt von der Stellung des fiscus zu den ihm zugefallenen Vermögensmassen, in Beziehung auf die Schulden derselben, handeln. Bei Callistratus ist dieses um so deutlicher, als er in dem Eingange der L. 1. die verschiedenen Veranlassungen aufzählt, durch welche dem fiscus Güter zufallen können, ohne darunter die vacantia zu nennen. Er spricht daher auch in §. 1. ganz allgemein von dem Falle, daß die dem fiscus angefallenen Güter insolvent sind. Für diesen Fall ist, in der späteren Zeit, durch ein besonderes Edict die Concurseröffnung bestimmt worden.

Hiermit übereinstimmend findet sich in mehreren anderen Stellen [1]) der Ausspruch: der fiscus dürfe die ihm angefallenen Güter nur dann vindiciren, wenn sie solvent wären, sonst müsse Concurs über sie eröffnet werden. Dieser Ausspruch ist demnach immer eine Anwendung jenes Edictes. In Verbindung hiermit stehen die Stellen, welche einer Wahl des fiscus zwischen der Annahme und Ausschlagung der ihm zugefallenen Güter, einer besonderen agnitio, eines admittere derselben gedenken, während andere Stellen von einem bloßen deferre [2]) derselben reden.

1) Gai. III, 78. und S. 103. Note 2.

2) Ulp. Fr. XXVIII, 7. L. 1. pr. L. 2. Dig. de successor. ed. L. 5. Cod. de bonis vacant.

Ulpianus Lib. IV. Fideicommissor. [1]).

Si fisco vacantia bona *deferantur*, nec velit bona *agnoscere*, et fideicommissario restituere, aequissimum erit, quasi *vindicaverit*, sic fiscum restitutionem facere.

Ulpianus Lib. LX. ad Edictum [2]).

Eadem constitutio prospexit, ut si fiscus bona *admiserit*, aeque libertates competant; ergo, sive *iaceant* bona fisco *spernente*, sive *agnoverit*, constitutio locum habet.

Si bona fuerint a fisco *non agnita*, eaque addicta libertatis conservandae gratia, *an possit fiscus postea agnoscere?* Et magis est ne possit. Plane si non certioratis praefectis aerario bona fuerunt libertatis conservandae causa addicta, videndum est, an constitutioni locus sit? Et si quidem talia fuerunt, ut *agnosci deberent*, addictio cessat, *si vero non fuerunt*, addictioni locus est.

Noch bestimmter spricht sich aus:

Fragment. Veronens. de iur. fisc. §. 14.

Eorum bonorum, quae ad fiscum pertinere dicuntur, si controversia moveatur, ante sententiam nec *obsignari*, nec *describi*, aut *incorporari* possunt.

Aus diesen sämmtlichen Stellen geht für das ältere Recht, zu der Zeit der classischen Juristen, folgender Zusammenhang hervor. Wahrscheinlich vermöge einer streng wörtlichen Interpretation der lex Julia, nahm man ursprünglich an, daß alle dem fiscus verfallenen bona ipso iure auf denselben übergingen. Daraus entstand für ihn der Nachtheil, daß er, wenn die Güter überschuldet waren, die Gläubiger befriedigen mußte. Deßhalb bestimmte ein Edict, über verschuldete Güter sollte der Concurs eröffnet werden. Hieraus entwickelte sich die spätere Behandlung der fiscalischen Succession.

---

1) L. 6. §. 1. Dig. ad SC. Trebellian.

2) L. 4. §. 17. §. 20. Dig. de fideicommiss. libertat.

Der fiscus trat nicht mehr ipso iure in die Güter [1]), sondern die Gegensätze der hereditas iacens, der Delation und der Acquisition der Erbschaften, der Agnition oder Admission der bonorum possessio, wurden auch auf seinen Eintritt in das Vermögen Lebender oder Verstorbener angewendet. Waren z. B. vacantia vorhanden, so wurden diese dem fiscus durch ihr Dasein zunächst nur deferirt; von ihm erworben aber erst durch seine besondere Uebernahme oder Annahme derselben. Die letztere geschah von den praefectis aerario. Dabei wurden die Güter verzeichnet, in die fiscalischen Bücher eingetragen, und in Besitz genommen. Dieses war die solenne incorporatio derselben. Der fiscus sollte aber die Güter nur übernehmen, wenn sie sich bei der angestellten Untersuchung als solvent und vortheilhaft für ihn erwiesen hatten; sonst sollte er sie ausschlagen, und der Concurs über sie eröffnet werden.

Das ist es, was Callistratus ausspricht: „nach der älteren Ansicht fielen die Güter dem fiscus ipso iure zu, selbst wenn sie insolvent waren; jetzt aber schlägt er insolvente Güter aus, und es wird Concurs über sie eröffnet." Wie ist es aber, wenn der fiscus die Güter übernommen hat, und sich später doch eine Ueberschuldung derselben zeigt? Hierüber schweigt Callistratus, und das ist die eigentliche Frage, auf welche die Untersuchung zurückgeführt wird. Diese Frage kann aber nur dahin beantwortet werden, daß er dann den Gläubigern schlechthin haftete. Da dieses früher der Fall war, als er noch ipso iure in die vacantia succedirte, und ihm später zu seiner Sicherung die Wahl zwischen der agnitio und der Ausschlagung derselben gewährt wurde, so konnte diese keinen andern Sinn haben, als den, daß er durch die agnitio auch in die Schulden

1) Anders, wo ihm singulae res verfallen sind. L. 14. Dig. de publican.

einträte, wie er sich durch die Ausschlagung von aller Verbindlichkeit befreite. Das zu dem Zwecke der incorporatio gemachte Verzeichniß konnte die durch die agnitio für ihn begründeten Verpflichtungen nicht beschränken. Dieses diente nur zu der Feststellung der dem fiscus zugefallenen Gegenstände; aber nirgends findet sich eine Andeutung davon, daß es zugleich die Haftverbindlichkeit desselben auf den Werth der inventirten Masse beschränkt habe. Eben so wenig läßt sich annehmen, daß sich der fiscus von den einmal agnoscirten Gütern später habe wieder lossagen, und sie den Gläubigern noch hinterher überlassen können. Dieses mußte ihm mit derselben Folgerechtigkeit versagt werden, mit welcher ihm Ulpianus [1]) das Recht abspricht, die einmal ausgeschlagenen Güter später wieder, zu dem Nachtheile der addictio libertatum conservandarum, in Anspruch zu nehmen.

Dieses Alles bestätigt sich durch die hier sichtbar zu Grunde liegende Analogie der bonorum possessio. Wie man den Begriff des deferre, der bona iacentia, der agnitio und Ausschlagung der bonorum possessio auf die fiscalische Succession übertrug, so mußten auch die Wirkungen der Annahme oder der Ausschlagung der Güter dieselben sein.

Bei der Confiscation, wo derselbe Gegensatz der Agnition der Güter durch den fiscus, und der Eröffnung des Concurses, wenn er sie nicht annahm, eintrat, wird seine Verbindlichkeit für die Schulden zu haften [2]), auch ausdrücklich mit der des Erben verglichen:

---

1) L. 4. §. 20. Dig. cit.

2) Julian. L. 31. pr. Dig. solut. matr. „Si marito publico iudicio damnato pars aliqua bonorum eius publicetur, *fiscus creditoribus eius satisfacere necesse habet*, inter quos uxor quoque est." L. 1. Cod. de fideiussor. L. 2. Cod. ad leg. Jul. de vi. Imp. Antoninus A. Vero. „Tutoris tui, lege Julia de vi privata damnati, si tertia pars bonorum fisco vindicata est, tutelae actionem pro ea portione, adversus fiscum dirige, modo si nulla praescriptio locum habeat. *Nam successio pro oneribus portionis suae respondet.*"

Papinianus Lib. III. Responsor. [1]).

Bonis damnati fideiussoris fisco vindicatis, inter fideiussores actio postea si dividi coeperit, *ut heredis, ita fisci rationem haberi oportet.*

Man hat den fiscus zwar auch in diesem Falle nur zu dem Betrage der Activa haften lassen wollen [2]); allein ganz abgesehen von den mitgetheilten Zeugnissen der Quellen, wird dieser Fall in L. 1. pr. Dig. de iur. fisc. ausdrücklich mit aufgeführt, und demnach bezieht sich der folgende §. 1. auch auf ihn. Da nun dieser den fiscus an sich haften läßt, und ihn nur in so fern freispricht, als er die insolventen Güter ausgeschlagen und den Gläubigern überlassen hat, so steht auch dieses jener Ansicht entgegen. Dasselbe gilt von L. 8. §. 1. Dig. qui testam. fac. poss., auf welche man sich ebenfalls für sie bezogen hat. Auch bei dem, von dem fiscus eingezogenen fideicommissum tacitum, wird seine Verbindlichkeit für die Schulden einzustehen ausdrücklich anerkannt [3]).

Eine andere Bestätigung empfangen die obigen Ergebnisse noch durch die spätere Gesetzgebung. Schon eine Constitution Constantins [4]) wieß die Rationalen an, vollständige Verzeichnisse der dem fiscus angefallenen Güter an den comes rerum privatarum einzusenden, um darnach über die Annahme und Weiterverleihung derselben zu entscheiden. Hierauf folgen die Constitutionen der Kaiser Valentinianus, Valens und Gratianus über die incorporatio und petitio solcher Güter:

Imppp. Valentinianus, Valens et Gratianus A.A.A. ad Florentinum com. R. P. [5]).

1) L. 61. §. 5. Dig. de fideiussor.

2) Matthaeus de crimin. Lib. XLVIII. Tit. XVIII. Cp. II. §. 22. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. B. 5. §. 15. Roßhirt Einleitung S. 11. Brinme a. a. O. S. 222—24.

3) L. 18. §. 1. Dig. de his quae ut indign.

4) L. 2. Th. Cod. de bon. vacant.

5) L. 1. Th. Cod. de incorporat. L. 8. Cod. de bon. vacant.

Si quando *aut alicuius publicatione*, *aut ratione iuris* aliquid nostrae *addendum* est rei, *riteque* atque *solemniter* per comitem rerum privatarum, dein rationales in singulis quibusque provinciis commorantes *incorporatio compleatur*, et diligens stilus sigillatim omnia *adscribat*. Tituli vero, quorum adiectione praedia nostris sunt consecranda substantiis, non nisi publica testificatione proponantur; gravissimis statim subdendis suppliciis, qui huiusmodi aliquid propria usurpatione tentaverint.

Iidem Alexandrino, com. R. P. [1]).

Super *vacantibus* et *caducis* cum forte largitatem nostram aviditas circuit postulantium, prius tua scripta mittantur. Certi etiam dirigantur, qui cuncta solerter inquirant, et cuius fuerint facultates, et si nemo eas sibi iure nititur retentare. Ac si locum fisco factum esse claruerit, occupatis prius bonis, et rerum omnium descriptione perfecta, serenitatis nostrae scientia protinus instruatur, ut quid statuendum sit, pro legum ordine terminemus.

Beide Constitutionen beziehen sich auf alle Gattungen dem fiscus angefallener Güter: „aut alicuius publicatione aut ratione iuris," „super vacantibus et caducis." Diese werden auch hier alle gleichmäßig behandelt. Die erste Constitution giebt eine neue geschärfte Anweisung zu sorgfältiger Bewirkung der incorporatio, wobei die Ausdrücke addere und adscribere wieder für die Selbstständigkeit des Actes der Uebernahme der Güter bezeichnend sind. Das Geschäft steht unter der Leitung des comes rerum privatarum, und wird durch die Rationalen der einzelnen Provinzen vollzogen. Die zweite Constitution ist zunächst gegen die Mißbräuche der Gesuche um Verleihung vacanter oder sonst caduker Güter, in welchen

1) L. 11. Th. Cod. de petitionib.

häufig Güter, die weder das eine noch das andere waren, dem fiscus dolos als solche angezeigt wurden, gerichtet, und steht daher in dem Titel de petitionibus. Sie wiederholt aber zugleich die frühere Instruction über das Incorporationsverfahren, mit der Veränderung, 1) daß das Geschäft nicht mehr durch die Rationalen der einzelnen Provinzen, sondern durch besondere Abgesendete vollzogen werden soll, und daß sich der Kaiser dann noch selbst die definitive Entscheidung über die Annahme der Güter vorbehält.

Noch ausführlicher ist die incorporatio durch die Kaiser Theodosius II. und Valentinianus III. normirt worden:

Impp. Theodosius et Valentinianus A.A. Hieritocrati, com. R. P. [1]).

Si *vacantia* vel *caduca* [2]) bona *delata* legibus ad aerarium in Achaia [3]) perhibeantur, certi palatini electi et *iureiurando obstricti* mittantur, ut eorum instantia V. S. proconsul [4]), praesente fisci patrono, diligenter inquirat, *cuius vacans caducumque* [5]) fuerit patrimonium, *quantumque*, vel *quale* videatur. Et cum, *data reclamandi copia*, nullum id iure possidere vel vindicare constiterit [6]), locumque aerario factum esse, tam ipsius relatione, quam publicorum monumentorum fide constiterit, *rerum nobis notitia intimetur, ut iussu nostro vacantia vel caduca* [7]) *nomine occupentur aerarii*, quo petentes a nobis huiusmodi res, sic demum (si ita visum fuerit) responsum legitimum mereantur; quorum

1) L. 5. Th. Cod. de bon. vacant. L. 5. Cod. eod.

2) Just. Cod. „vel alio modo bona."

3) Just. Cod. „ad aerarium perhibeantur."

4) Just. Cod. „praeses provinciae."

5) Just. Cod. „cadensque."

6) Just. Cod. fehlt constiterit nach der gewöhnlichen Leseart. Haloander hat es aufgenommen.

7) Just. Cod. „vacantia vel aliae res."

petitiones, antequam res praedicto ordine procuretur, nec accipiendas, nec instruendas esse censemus[1]. Quae forma etiam in parte bonorum, in[2]) una alterave re, seu actione una, vel etiam pluribus servetur. Nam si quid fraude[3]) in dispendium aerarii fuerit admissum, missi quidem executores, non vitante indignationem proconsule, parte facultatum dimidia multabuntur, fisci vero patronus detrimentum, quo vitio eius fisco ingeritur, resarcire urgebitur, aut, si litem improbe cuiquam intenderit, redhibitione sumtuum damnorumque coercebitur, petitores autem bonorum omni petitionis emolumento carebunt[4]).

In dem theodosianischen Codex, nach welchem sie hier mitgetheilt worden ist, bezieht sich diese Constitution wieder auf beide, die incorporatio und die petitio; in der abgekürzten Gestalt des justinianeischen Codex, welche die Noten nachweisen, nur auf jene. Rücksichtlich der letzteren schließt sie sich den neuen Bestimmungen der zweiten Constitution der Kaiser Valentinianus, Valens und Gratianus an. Die incorporatio soll durch besonders entsendete palatini nach allen Seiten vorbereitet, dann aber der definitiven Entscheidung des Kaisers überlassen werden, bis zu deren Erfolge selbst die Besitznahme der Gegenstände ausgesetzt bleibt. Nun ist aber die noch mehr gesteigerte Vorsicht; die Abgesendeten sollen beeidigt werden, und unter der Oberaufsicht des praeses provinciae, und in der Gegenwart des

1) Just. Cod. läßt die Worte „quo petentes — censemus" weg.

2) Just. Cod. „vel in."

3) Just. Cod. „per fraudem."

4) Just. Cod. hat den Schluß von „Nam" an, so: „Nam si quid per fraudem in dispendium aerarii fuerit admissum, missi quidem executores non evitabunt indignationem, praeses autem facultatum parte dimidia mulctabitur, fisci vero patronus detrimentum, quod pro vitio eius fisco ingeritur, resarcire urgebitur."

patronus fisci handeln; der Bericht an den Kaiser wird, mit den beigefügten Belegen, nicht mehr von ihnen, sondern von dem praeses erstattet. Nun sind auch die, auf die bei dem Geschäfte begangenen Pflichtwidrigkeiten gesetzten Strafen und Nachtheile, welche nach dem Texte des theodosianischen Codex die Abgesendeten und den patronus fisci, nach dem Texte des justinianeischen Codex den letzteren und den praeses treffen sollen. Warum in dem justinianeischen Texte dreimal der Ausdruck caducum in einen anderen verwandelt worden ist, bedarf keiner Erklärung.

Jedenfalls bezieht sich die Constitution, nach beiden Texten, wieder gleichmäßig auf alle dem fiscus angefallenen Güter, und auch in ihr findet sich keine Andeutung davon, daß der fiscus, vermöge des vor der Annahme der Güter aufgenommenen Verzeichnisses derselben, den Gläubigern nur zu deren Betrage verhaftet sei. Es ist daher ein Mißverständniß, wenn man die Wirkungen des, fast hundert Jahre später von Justinianus eingeführten beneficium inventarii der Erben in diese Constitution zurückgezogen, und derselben auf diese Weise den Sinn untergelegt hat: der fiscus dürfe den Nachlaß nach ihr nur cum inventario antreten, und hafte daher für die Schulden nur zu dem Belaufe der inventirten Masse[1]). Eher möchte man aus der Aengstlichkeit, mit welcher die genannten Personen angewiesen werden, das quantum und quale des Vermögens auf das sorgfältigste zu ermitteln, und aus der dem patronus fisci auferlegten Verbindlichkeit, dem fiscus für den Schaden zu haften, welcher demselben aus Pflichtverletzungen bei dem Geschäfte erwächst, auf das Entgegengesetzte schließen[2]). Die Worte: „Nam si quid fraude in dispendium aerarii fuerit admissum", sind

1) Mackeldey Lehrb. des heutig. RRts. Ed. 9. §. 630. Gans a. a. O. S. 407.

2) Stryck a. a. O. §. 53. v. Buchholtz a. a. O.

ganz allgemein, und lassen auch an den Fall denken, daß, in Folge der unrichtigen Angaben, ein insolventes Vermögen angenommen worden ist, und der fiscus nun dadurch Schaden leidet, daß er die Gläubiger befriedigen muß[1]).

Nach den bisherigen Untersuchungen succedirt der fiscus durch die Agnition der Güter auch in die Schulden derselben, und haftet den Gläubigern schlechthin, nicht blos zu dem Belaufe der inventirten Masse. Dieses wird später noch eine Bestätigung erhalten durch die Wirkungen des Verkaufes der agnoscirten Güter. Eine ganz andere Frage ist aber die, ob das später von Justinianus eingeführte beneficium inventarii auch dem fiscus zu Statten komme, und nach ihm dem Verzeichnisse der L. 5. Cod. cit. die Wirkung desselben beigelegt werden könne? Diese Frage scheint bejaht werden zu müssen. Denn obgleich Justinians Constitutionen[2]) nur von dem Erben reden, so wird doch der fiscus bei seinem Eintritte in die Güter ganz wie ein Erbe behandelt, und ausdrücklich mit demselben verglichen.

Auf diesem Wege kömmt man allerdings zu dem Ergebnisse, daß der fiscus vermöge des von ihm errichteten Inventariums nur zu dem Belaufe der inventirten Masse für die Schulden haftet. Dieses ist aber keine Singularität der fiscalischen Succession, sondern eine bloße Beziehung dessen auf ihn, was für die Erben bestimmt worden ist. Um so weniger kann diese Beschränkung seines Haftens für die Schulden ein Grund werden, ihn nur als einen Singularsuccessor in den Rest der Activa zu betrachten. Sonst müßte dasselbe von jedem Erben gelten, welcher die Erbschaft cum inventario angetreten hat. Eben so wenig kann man den Zusatz,

---

1) Die Ansicht des Stryck a. a. O., daß der fiscus sich gegen die Agnition der Güter habe restituiren lassen können, weil ihm die iura minorum gebührten, ist ungegründet.

2) L. 22. Cod. de iur. deliberand. Nov. I. Cp. II. §. 1. 2.

daß der fiscus nur dann nicht über den Betrag der Masse hafte, wenn er ein Inventarium errichtet, deßhalb für überflüssig erklären, weil er die Güter nur cum inventario übernehmen dürfe. Denn obgleich das Letztere, wenn gleich in einem andern Sinne, in der L. 5. Cod. de bon. vacant. bestimmt worden ist, und sich nach dem römischen Incorporationsverfahren von selbst versteht, so kann doch jetzt leicht der Fall eintreten, daß der fiscus solche Güter ohne ein genügend beglaubigtes Inventarium übernimmt. Auf den heutigen Zustand allein ist aber jener Zusatz berechnet.

III. Ein anderer Beweis für die Universalsuccession des fiscus liegt darin, daß er die dem Nachlasse auferlegten Vermächtnisse, singuläre und universelle, zu entrichten hat; daß er dabei zu dem Abzuge der quarta Falcidia und Trebellianica berechtiget ist; daß auch der, in dem SC. Pegasianum gegen den Fiduciar verfügte Zwang zu dem Antritte der Erbschaft auf ihn angewendet wird. Denn die Vermächtnisse sind eine Last der universitas [1]), der ganzen oder einzelner Raten derselben, und brauchen daher nur von denen, welche in diese succediren, entrichtet zu werden. Daß die Verbindlichkeit, die hereditas per universitatem zu restituiren, nur den treffen kann, welcher selbst per universitatem in sie succedirte, liegt in dem Begriffe einer solcher Restitution. Die quarta Falcidia und Trebellianica sind Brüche der universitas; das SC. Pegasianum nöthiget zu der Uebernahme einer solchen. Diese sämmtlichen Einzelnheiten beruhen sichtbar auf dem Grundgedanken, daß der fiscus auch hier nach der Analogie des Erben behandelt wird.

Indessen ist auch die Frage, in welchem Umfange der fiscus die Vermächtnisse zu entrichten habe, seit der Zeit der

---

1) FLORENTINUS L. 116. Dig. de legat. et fideicom. I. „Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit."

Glossatoren bestritten. Daß er die ihm, für den Fall seines Eintrittes, besonders auferlegten [1]), oder die in codicillis ab intestato relictis angeordneten Vermächtnisse entrichten müsse, wird zwar anerkannt; der Gegenstand des Streites sind aber die in einem destituirten Testamente angeordneten Vermächtnisse. Nach der communis sententia der älteren, und nach der Ansicht mehrerer neueren Juristen [2]), soll er diese nur zu entrichten haben, wenn das Testament die Codicillarclausel enthält. Doch haben ihn Andere [3]) eben so lange auch in dem entgegengesetzten Falle dazu verpflichtet.

Wenden wir uns zu den Quellen, so dürfte schon der allgemeine Ausspruch des Ulpianus [4]):

Caduca cum suo onere fiunt: ideoque *libertates,* et *legata* et *fideicommissa* ab eo data, ex cuius persona

---

1) Marcianus L. 114. §. 2. Dig. de legat. I. „Qui intestato decedit, et scit bona sua ad fiscum perventura vacantia, fidei fisci committere potest." Ebenfalls nach Analogie der Intestaterben. L. 8. §. 1. Dig. de iure codicillor.

2) Richardus Malumbrac. Cinus. Petrus a Bellapertica. Joann. ab Imola. Paul. de Castro. Alexander Tartagnus. Jason Maynus. Peregrinus a. a. O. §. 26. 27. Cocceji a. a. O. §. 48. 49. Glück a. a. O. S. 773. und die von ihm Not. 94. Citirten. Hoffacker Pr. iur. rom. germ. T. II. §. 1410. Not. a. Guenther Pr. iur. rom. priv. §. 825. Walett Lehrb. des pract. Pandr. §. 954. Warnkoenig Comment. §. 1052. Heimberger ius rom. priv. §. 315. Roßhirt Einleitung S. 223 ff. Blume im Rhein. Mus. a. a. O. S. 218—222.

3) Baldus. Salycetus. (bei Peregrinus a. a. O.) Fachinaeus Controvers. 17, 22. Chifletius de iure fideicommissor. Lib. IV. c. 1. in Otto Thesaur. T. V. p. 855. Madihn Pr. iur. rom. T. II. §. 469. Malblanc Pr. iur. rom. T. II. §. 786. Schweppe Röm. Privatr. Th. 5. §. 981. Heise a. a. O. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. B. V. §. 40. Seuffert Lehrb. des pract. Pandr. §. 568. Muehlenbruch Doctrin. Pand. T. I—II. §. 786. Gans Erbr. Th. 2. S. 407. Francke Beiträge zur Erläuterung einzl. Rechtsmater. Abth. 1. Abh. 6. §. 8. v. Buchholtz Jur. Abh. S. 110.

4) Fr. XVII, 3.

> **hereditas caduca facta est, salva sunt. Scilicet et legata et fideicommissa *cum suo onere fiunt caduca.***

zu der Ansicht führen, daß der fiscus von allen caducis, daher auch von den vacantia, die Vermächtnisse schlechthin entrichten müsse. Obgleich der Titel der Fragmente, in welchem diese Stelle erhalten worden ist, in dem Eingange, §. 1., vorzugsweise von den caduca in dem engeren Sinne handelt, so spricht doch §. 2. schon von omnia caduca. Die mitgetheilte Stelle spricht in gleicher Allgemeinheit von caduca, und stellt den Grundsatz: cum suo onere fiunt, eben so uneingeschränkt zwei Mal hin. Eben so allgemein wendet ihn

Paullus ad. leg. Jul. et Pap. [1]).

> **Fiscus iisdem *conditionibus* parere debet, quibus persona, a qua ad ipsum, quod relictum est, pervenit, sicut etiam *cum suo onere hoc ipsum vindicat.***

auf Bedingungen an, mit welchen der Erblasser seine Zuwendungen beschwert hatte. Für die Beschränkung dieser Stelle auf die caduca in dem engern Sinne, oder die ereptoria, bietet selbst ihre inscriptio keinen entscheidenden Grund, da die lex Julia alle caduca umfaßte. Vielmehr bestätigt sich die Allgemeinheit des Grundsatzes wieder dadurch, daß er noch in Justinians Rechtsbüchern auf alle Gattungen dem fiscus verfallener Güter angewendet wird [2]): bei dem SC. Silanianum [3]), bei der Indignität [4]), bei der

1) L. 60. §. 1. Dig. de cond. et demonstr.

2) Gewöhnlich wird der Grundsatz nur auf Vermächtnisse und Freilassungen bezogen. Ulpianus nennt diese jedoch nur als Beispiele seiner Anwendung, „ideoque" Daß er aber auch auf die Schulden geht, kann, nach L. 72. Dig. de iure dot. L. 18. §. 1. Dig. de his quae ut indign. L. 3. §. 5. Dig. ad SC. Trebell. L. 2. Cod. ad l. Jul. de vi, wohl nicht bezweifelt werden.

3) L. 9. Dig. de SC. Silan.

4) L. 12. L. 16. §. 2. Dig. de his quae ut indign.

Verhinderung an dem Testiren[1], bei dem tacitum fideicommissum[2], bei der deportatio[3]. Rücksichtlich des SC. Silanianum war eine entgegengesetzte Ansicht aufgestellt worden, diese wird aber von Gajus als offenbar grundlos verworfen, da die Freilassungen und Vermächtnisse in allen anderen Fällen, in welchen dem fiscus Erbschaften verfallen wären, beständen.

Gajus Lib XI. ad leg. Jul. et Pap.[4]).

> Dicitur, ex asse hereditates ex Silaniano quum fiscus vindicasset, ut nec libertates, nec legata tueatur; quod aperte nullam habet rationem, quum ex *quibuslibet aliis causis* fisco vindicatis hereditatibus et libertates, et legata maneant.

In derselben Allgemeinheit läßt Marcianus, in allen Fällen dem fiscus verfallener Güter, das onus der alimenta legata auf ihn übergehen, wie auf jeden anderen Universalsuccessor.

Marcianus Lib. VIII. Institution.[5]).

> Si quis libertis alimenta reliquerit, etsi legati fuerint servi, et rogati legatarii manumittere, ad fideicommissum admittuntur, ut et Divi quoque Severus et Antoninus rescripserunt. §. 1. Et licet ad fiscum bona fuerint devoluta, ex quibus alimenta debeantur, praestanda sunt, *sicuti si ad quemlibet successorem transiissent*.

Es fehlt aber auch nicht an einem besonderen, und eben so allgemeinen Zeugnisse für die vacantia:

1) L. 2. §. 2. Dig. si quis aliquem testari prohib.

2) L. 3. §. 4. Dig. de iur. fisc. L. 3. Cod. ad leg. Falcid.

3) L. 17. §. 5. Dig. ad SC. Trebell.

4) L. 14. Dig. de iur. fisc.

5) L. 2. Dig. de aliment. et cibar. legat.

Julianus Lib. XXX. Digestor. [1]).

Quoties lege Julia *bona vacantia* ad fiscum pertinent, et legata et fideicommissa praestantur, quae praestare cogeretur heres, a quo relicta erant.

An diese, ganz allgemein lautenden Stellen schließen sich noch einige Zeugnisse über einzelne Zuwendungen.

Daß der fiscus, welcher die vacantia agnoscirt hat, die von dem Erblasser verfügten Freilassungen anerkennen muß, wird, im Zusammenhange mit der Lehre von der addictio libertatum conservandarum causa, wiederholt ausgesprochen. Die addictio setzt einen vacanten Nachlaß voraus; es sei, daß das Testament, in oder neben welchem die Freilassungen ertheilt worden sind, destituirt wurde, und auch keine Intestaterben den Nachlaß angetreten haben; oder daß die Freiheiten in codicillis ab intestato relictis verfügt waren, und kein gesetzlicher Erbe die Erbschaft antrat [2]). Agnoscirt nun der fiscus die vacantia, so muß er die verfügten Freiheiten gelten lassen; schlägt er die vacantia aus, so daß, nach allgemeinen Grundsätzen, der Concurs eröffnet werden müßte, so erfolgt, unter den bekannten Voraussetzungen, die addictio; sonst wird der Concurs eröffnet. Die Freilassungen bestehen daher, der fiscus mag die vacantia agnosciren, oder die addictio erfolgt sein. Beides war in der Constitution des Marcus Aurelius über die addictio libertatum conservandarum causa enthalten [3]). Eine andere, auf diese Lehre bezügliche Stelle [4]), sagt keinesweges, wie man sie wohl mißverstanden hat, daß, wenn der fiscus die vacantia übernommen habe, die Freilassungen nicht beständen, sondern

---

1) L. 96. §. 1. Dig. de legat. et fideicomm. I.

2) Tit. Inst. de eo cui libertatis causa bona addicuntur. L. 2. Dig. de fideicommissar. libertat.

3) L. 4. §. 17. §. 20. Dig. de fideicommiss. libert.

4) L. 50. pr. Dig. de manumiss. testam.

nur: daß dadurch die addictio ausgeschlossen werde. Dagegen ergiebt diese Lehre für die Freilassungen den directen Beweis, daß diese auch bei destituirten Testamenten[1]), ohne daß es der Codicillarclausel bedürfte, von dem fiscus, welcher die vacantia übernahm, geachtet werden mußten.

Die zweite Gattung der bezeichneten Zuwendungen ist die hereditas per fideicommissum relicta. So oft der fiscus einen Nachlaß vindicirt, soll er auch die demselben auferlegten Universalfideicommisse entrichten, und wird dabei ganz nach den Bestimmungen des SC. Trebellianum und Pegasianum behandelt.

Ulpianus Lib. III. Fideicommissor.[2]).

Si is, qui rogatus fuerit hereditatem restituere, ante quaestionem de familia habitam, vel tabulas aperuerit, vel hereditatem adierit, vel quid eorum, quae Senatusconsulto prohibentur, fecerit, ac per hoc publicata fuerit hereditas, *fiscus cum suis oneribus hereditatem acquirit;* quare commodum quartae, quod erat habiturus heres institutus, id ad fiscum pertinet, et ex Trebelliano actiones transeunt. Sed et si prohibuerit testamentarium introducere, vel testes convenire, vel mortem testatoris non defenderit, *vel ex alia causa hereditas fisco vindicata est,* neque quartae quidem commodum ad fiscum pertinebit, dodrans vero fideicommissario restituetur.

Diese Stelle spricht zwar in dem Anfange nur von dem Falle des SC. Silanianum und der Verhinderung an dem Testiren; dasselbe soll aber auch gelten, wenn der fiscus den Nachlaß aus irgend einem anderen Grunde vindicirt. Für

1) Mithin gegen den Grundsatz, daß die Freilassungen erst ab adita hereditate gelten. L. 14. Dig. qui test. fac. L. 74. §. 4. Dig. de acquir. vel omitt. hered. L. 8. Dig. quando dies legator. L. un. §. 6. Cod. de caduc. tollend.

2) L. 3. §. 5. Dig. ad SC. Trebell.

alle diese Fälle wird demselben der Abzug der s. g. quarta Trebellianica gestattet. Eine andere Stelle[1]) gewährt ihm denselben sichtbar bei allen caduca. Man kann daher nicht anstehen, ihm, in demselben Umfange, auch die quarta Falcidia zu gewähren, die ihm bei dem tacitum fideicommissum ausdrücklich zugestanden wird[2]). Das Zeugniß des Ulpianus endlich, daß auf den fiscus auch der Zwang des SC. Pegasianum zu der Uebernahme der, mit einem Universalfideicommisse belegten vacantia angewendet wurde, bestätiget alle bisherigen Ergebnisse über diese Zuwendungen noch speciell für die letzteren:

Ulpianus Lib. IV. Fideicommissor.[3]).

Si fisco *vacantia bona* deferuntur, nec velit agnoscere, et fideicommissario restituere, aequissimum erit, quasi vindicaverit, sic fiscum restitutionem facere.

Wie nun die zahlreichen Zeugnisse aus der Zeit der classischen Juristen die Verbindlichkeit des fiscus zu der Entrichtung der Vermächtnisse von allen ihm zugefallenen Gütern, und insbesondere von den vacantia, ohne Einschränkung anerkennen: so wird dieselbe auch von Justinianus selbst wiederholt ausgesprochen.

Zuerst geschieht dieses in der L. un. §. 14. Cod. de caduc. tollend. Die in dieser Constitution getroffenen Bestimmungen über die Vermächtnisse sollen gelten, sowohl bei Testamenten, schriftlichen und mündlichen, als bei Codicillen und allem anderen letzten Willen; desgleichen bei den ab intestato gemachten Zuwendungen, und bei der mortis causa donatio; aber auch wenn der Nachlaß dem fiscus zugefallen ist:

Tantum etenim nobis superest clementiae, quod scien-

1) L. 2. §. 2. Dig. si quis aliqu. testar. prohib.

2) L. 3. Cod. ad leg. Falcid.

3) L. 6. §. 3. Dig. ad SC. Trebell.

tes, etiam fiscum nostrum ultimum ad caducorum vindicationem vocari, tamen nec illi pepercimus, nec angustum privilegium exercemus, sed quod communiter omnibus prodest, hoc rei privatae nostrae utilitati praeferendum esse censemus, nostrum esse proprium subiectorum commodum imperialiter existimantes.

Daß Justinianus bei dieser Erklärung vorzugsweise an die vacantia dachte, ergiebt der Zusammenhang des ganzen Paragraphen. Von dem Falle, daß der Erblasser testatus gestorben ist, geht er zu dem über, daß er intestatus starb, zuletzt zu dem der fiscalischen Succession. Dieser Gedankengang entspricht ganz dem des vorangehenden Paragraphen, nach welchem die von den institutis heredibus nicht angetretenen Erbschaften zunächst an die substituirten, sonst an die gesetzlichen Erben, zuletzt an den fiscus fallen sollen. Hieraus ergiebt sich zugleich, daß Justinianus bei der Bestimmung des §. 14. auch den Fall des destituirten Testamentes vor Augen hatte.

Die zweite Erklärung desselben befindet sich in der Nov. I. c. 1. §. 1. §. 3. Erfüllt der eingesetzte Erbe die ihm auferlegten Vermächtnisse nicht gehörig, so soll das ihm Zugewendete mit dem onus der Vermächtnisse an seinen Substituten, wenn dieser dieselben nicht gehörig erfüllt, in derselben Weise an die Miterben, und so weiter an die Legatare, freigelassenen Sclaven, Intestaterben, und zuletzt an den fiscus fallen. Der letztere hat demnach von dem so vacant gewordenen Nachlasse wieder die Vermächtnisse zu entrichten.

Die Gründe der entgegengesetzten Ansicht, nach welcher der fiscus die Vermächtnisse, wenigstens aus destituirten Testamenten, nicht zu entrichten braucht, beziehen sich theils auf die mitgetheilten Stellen des älteren Rechtes, theils nehmen sie eine selbstständige Richtung.

Zunächst hat man die Allgemeinheit mehrerer jener

Stellen zu beschränken gesucht. Die bona vacantia der L. 96. §. 1. Dig. de legat. et fideicomm. sollen keine erblosen Güter, sondern caduca in dem engeren Sinne sein, und da Justinianus diese aufgehoben habe, so soll die Stelle in dem justinianeischen Rechte alle Bedeutung verloren haben. Das Letztere würde man wohl auf jeden Fall bestreiten müssen. Der ursprüngliche Sinn der Stelle mag gewesen sein welcher er will; in Justinians Rechtsbüchern kann sie gerade deßhalb, weil aus diesen die caduca in dem engeren Sinne verschwunden sind, nur von den vacantia verstanden werden, welche dieselben noch kennen, d. h. von den erblosen Gütern und den ereptoria. Für die Annahme, daß die Stelle bedeutungslos aufgenommen worden sei, fehlt es an allem Grunde; in dem Zusammenhange des justinianeischen Rechtes muß sie daher auf die vacantia bezogen werden, welche in diesem noch bestehen. Aber auch die von den Gegnern [1]) behauptete ursprüngliche Bedeutung der Stelle kann nicht bewiesen werden. Die Möglichkeit derselben mag man nicht bestreiten; bloße Möglichkeiten können hier aber um so weniger entscheiden, als dieselbe lex Julia auch die erblosen Güter dem fiscus überwiesen hat, und die Worte „quae praestare cogeretur heres, a quo relicta erant", so gut auf den Fall eines destituirten Testamentes und der vacantia in dem engeren Sinne, als auf die caduca in der engeren Bedeutung, bezogen werden können. Am wahrscheinlichsten ist es, nach dem obigen Zusammenhange der ganzen Lehre, daß Julianus alle vacantia der lex Julia, die caduca, die ereptoria und die erblosen Güter, umfassen wollte.

In ähnlicher Weise hat man die L. 1. §. 1. Dig. de aliment. legat., und die L. 6. §. 3. ad SC. Trebell. auf die caduca und die ereptoria beschränken wollen [2]). Aber auch

1) Glück a. a. O. S. 773. 774. Roßhirt a. a. O. S. 224. 225.

2) Blume a. a. O. S. 221.

dieser Auslegung stehen, sowohl für das justinianeische, als für das ältere Recht dieselben Gründe entgegen. Eben so wenig wird man der Entschiedenheit beitreten können, mit welcher man unter den quibuslibet aliis causis der L. 14. Dig. de iure fisci, nur alle übrigen Indignitätsfälle, in dem Gegensatze des voranstehenden Falles des SC. Silanianum, hat verstehen wollen [1]). Der Schlußsatz: „quam ex quibuslibet aliis causis fisco vindicatis hereditatibus et libertates et legata maneant", steht ganz selbstständig, als der allgemeine Grund da, aus welchem der Fall des Senatusconsultes beurtheilt werden soll. Ein Verbindungsglied, aus welchem sich ein solcher Zusammenhang des Schlußsatzes mit jenem Falle ergebe, nach welchem unter den quibuslibet aliis causis nur andere Indignitätsfälle zu verstehen wären, fehlt in der Stelle gänzlich. Daß aber von „legata" die Rede ist, die durch Codicille nicht hätten auferlegt werden können, dürfte nicht entscheiden. In codicillis testamendo confirmatis konnten auch Legate auferlegt werden; unter den libertates könnten auch die fideicommissariae verstanden werden. Es scheint aber auch ganz klar zu sein, daß dem Juristen hier nur daran lag, die Allgemeinheit des Grundsatzes, daß der fiscus immer die Vermächtnisse und Freiheiten anerkennen müsse, hervorzuheben, ohne sich auf den Unterschied der directen und der fideicommissarischen Zuwendung weiter einzulassen; was hier von jener galt, mußte um so mehr für diese Recht sein.

Mit denselben Mitteln, mit welchen man die Allgemeinheit der eben untersuchten Stellen bestritten hat, ließe sich noch manches andere der mitgetheilten Zeugnisse in Zweifel ziehen. Diese Zweifel müssen um so mehr verschwinden, wenn man den Gedanken festhält, welcher die sämmtlichen Stellen durchdringt. Es ist immer derselbe Grundgedanke:

1) Blume a. a. O.

der fiscus muß die Vermächtnisse erfüllen. Und da dieser Grundgedanke eben so oft allgemein ausgesprochen, als auf alle einzelnen Fälle dem fiscus zugefallener Güter angewendet wird, so sollte man ihm seine Allgemeinheit nicht bestreiten.

Man hat zwar noch eingewendet, daß es etwas anders sei, ob der fiscus dem vorhandenen Erben den Nachlaß entziehe, wie bei den caduca und den ereptoria, oder ob der Nachlaß demselben wegen des Mangels eines Erben verfallen sei, wie bei den erblosen Gütern. Dort könnten die Legatare unter den Gründen jener Entziehung nicht leiden; hier aber allerdings, da sie die Vermächtnisse, auch ohne die fiscalische Succession, nicht bekommen haben würden. Die Quellen enthalten jedoch von diesen Ansichten und Unterschieden keine Andeutung, und dafür dürften auch geschichtliche Gründe vorhanden sein. So lange die vacantia noch uneingeschränkt der occupatio und pro herede usucapio der Bürger unterlagen, konnten sich die Legatare, wenn kein Erbe den Nachlaß erworben hatte, durch diese helfen; die Vermächtnisse waren daher nicht nothwendig für sie verloren. Nach der Einführung des ausschließlichen Rechtes des fiscus würde dieses dagegen der Fall gewesen sein, wenn man dem fiscus nicht die Verbindlichkeit auferlegt hätte, dieselben unter allen Umständen zu entrichten.

Einen Hauptgrund [1]) gegen die hier in Schutz genommene Ansicht, daß der fiscus die Vermächtnisse auch aus destituirten Testamenten entrichten müsse, bilden noch die Stellen, nach welchen der ganze Inhalt solcher Testamente ungültig ist [2]); nach welchen die Intestaterben die in ungültigen Te-

---

1) Dieses Grundes gedenkt schon FACHINAEUS Controv. 17, 22.; erneuert von Blume a. a. O. S. 218. 219.

2) L. 9. Dig. de testament. tutel. L. 181. Dig. de reg. iur. L. 14. Cod. de fideicomm.

stamenten errichteten Vermächtnisse, wenn sie nicht, z. B. durch die Codicillarclausel, besonders darum gebeten worden sind, nicht zu entrichten brauchen[1]; oder die in denselben ertheilten Freiheiten nur vermöge der Codicillarclausel gelten sollen[2].

Daß jedoch der letztere Grundsatz bei der Succession des fiscus nicht gilt, ist früher gezeigt worden. Schon dieses muß gegen die Beziehung der beiden anderen, an sich nicht minder richtigen Grundsätze auf dieselbe bedenklich machen. In der That sind auch sie nur allgemeine Grundsätze; die besondere Stellung des fiscus zu den Vermächtnissen liegt in den speciell von ihr redenden Stellen. Der Schlüssel zu dem Verhältnisse dieser zu jenen, giebt daher:

Papinianus Lib. XXXIII. Quaestion.[3]).

In toto iure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est.

Daß sich der fiscus demnach in einer nachtheiligeren Lage befinde als die Intestaterben, ist richtig. Dieses zeigt schon die obige Lehre von den Freilassungen; es hat aber einen sehr einfachen Grund. Die Intestaterben nehmen, wenn das Testament ungültig ist, das ihnen ohnehin, nach dem Rechte der Familie, gebührende Vermögen an sich, und brauchen deßhalb die ungültigen Vermächtnisse nicht zu entrichten. Der fiscus hingegen macht durch seine Vindication der vacantia, die nach der Grundansicht des römischen Rechtes der occupatio und pro herede usucapio der Bürger frei gestanden haben würden, einen außerordentlichen Gewinn, und soll deßhalb unter allen Umständen den letzten Willen des Verstorbenen respectiren. In diesem Sinne wird auch die fiscalische Aufrechthaltung der Vermächtnisse und Freiheiten durch

1) L. 29. Cod. eod.

2) L. 11. Cod. de testam. manumiss.

3) L. 80. Dig. de reg. iur.

„tueri" bezeichnet[1]), wie der prätorische Schutz civilrechtlich unwirksamer Verhältnisse durch tuitio praetoris.

IV. Die Quellen gedenken wiederholt des Falles, daß der fiscus eine ihm zugefallene Erbschaft, insbesondere vacantia, verkauft hat.

Ulpianus Lib. XV. ad Edict.[2]).

Item si quis a fisco hereditatem *quasi vacantem* emerit, aequissimum erit, utilem actionem adversus eum dari.

Julianus Lib. VI. Dig.[3]).

Ei, qui partes hereditarias, vel totam a fisco mercatus fuerit, non est iniquum dari actionem, per quam universa bona persequatur; quemadmodum ei, cui ex Trebelliano Senatusconsulto hereditas restituta est, petitio hereditatis datur.

Paullus Lib. XXI. Responsor.[4]).

Eum, qui *bona vacantia* a fisco comparavit, debere actionem, quae contra defunctum competebat, excipere.

Impp. Severus et Antoninus AA. Geminio.[5]).

Aes alienum, hereditate nomine fisci vendita, ad onus emtoris bonorum pertinere, nec fiscum creditoribus hereditariis respondere, certum et absolutum est.

Diese Stellen sind für das Wesen der fiscalischen Succession sehr wichtig. Der Gegenstand des Verkaufes ist die hereditas, die bona; der Käufer wird dadurch prätorischer Universalsuccessor in den Nachlaß, wie der Fideicommissar aus dem SC. Trebellianum; er succedirt daher in die universa bona, und vindicirt diese durch eine utilis hereditatis

---

1) L. 14. Dig. de iur. fisc.

2) L. 13. §. 9. Dig. de hered. pet.

3) L. 54. pr. Dig. eod.

4) L. 41. Dig. de iur. fisc.

5) L. 1. Cod. de hered. vel act. vend.

petitio; es gehen daher auch die actiones des Nachlasses utiliter auf und gegen ihn über; für die Schulden haftet er sogar ausschließlich, so daß der fiscus sich auf die Klagen der Gläubiger nicht weiter einzulassen braucht.

Der Käufer der vacantia befindet sich demnach ganz in der rechtlichen Lage anderer Erbschaftskäufer, nur mit dem einen Unterschiede, daß er die Klagen der Gläubiger schlechthin übernehmen muß, was bei dem, welcher nicht von dem fiscus gekauft hat, anders ist [1]). Wie sollte nun der fiscus die universitas des Nachlasses verkaufen und übertragen können, wenn er selbst nicht in sie succedirt wäre? Wie sollten die Obligationen des Nachlasses durch den Kauf von ihm auf den Käufer übergehen, wenn er sie selbst nicht gehabt hätte? Wie verträgt sich dieses Alles mit einem bloßen Singularsuccessor in den Rest der Activa? Diese Ansicht erweis't sich auch hier als eine rechtliche Unmöglichkeit.

Hiergegen kann nicht eingewendet werden [2]), daß der fiscus auch in anderen Beziehungen das Vorrecht habe, seinem Käufer mehr Rechte einzuräumen, als er selbst gehabt habe. Dieses Vorrecht gehört einer viel späteren Zeit an [3]), und die mitgetheilten Stellen enthalten keine Andeutung davon, daß die bezeichneten Wirkungen des Verkaufes der vacantia auf einem besonderen ius fisci beruhet hätten. Ein zweiter Einwand [4]): in der L. 54. pr. cit. „werde der Käufer noch gar nicht dem Erbschaftskäufer, sondern nur einem gewöhnlichen *bonorum* emtor gleichgestellt, der unter allen Umständen als fingirter Erbe auftreten konnte, Gai. IV. 35.", würde sich schon durch einen Hinblick auf die übri-

1) L. 2. Cod. eod. — L. 2. Cod. de legat.

2) Blume a. a. O. S. 218.

3) Zeno. L. 2. Justinianus L. 3. Cod. de quadr. praescript. §. 13. J. de usucap.

4) Blume a. a. O.

gen mitgetheilten Stellen erledigen. Diese zeigen auf das Deutlichste, daß der Käufer der vacantia ein Erbschaftskäufer ist. Wo liegt aber in der L. 54. pr. cit. die Erklärung, daß derselbe nur einem gewöhnlichen *bonorum* emtor gleichgestellt werde [1])? Eher möchte man behaupten, daß die lex fast in jedem Worte das Gegentheil enthielte.

Daß der fiscus nach dem Verkaufe den Gläubigern nicht mehr haftet, beweis't nicht, daß derselbe kein Universalsuccessor sei, sondern von den Gläubigern nur als Besitzer der Güter belangt werden könne. Schon bei dem Erbschaftskaufe unter Privaten wurde besonders bedungen, daß der Käufer die Schulden übernehmen müsse [2]). Ohne Zweifel geschah dasselbe bei dem fiscalischen Verkaufe; daß man dieser Bedingung aber hier eine größere Wirksamkeit beilegte, kann nicht befremden. Vielleicht beruhte die Ausnahme darauf, daß, wenn der fiscus die Erbschaft verkaufte, keine vollständige incorporatio derselben erfolgte, insbesondere die Forderungen der Gläubiger nicht in die rationes fisci intabulirt wurden, und derselbe deßhalb nicht für sie haftete.

Die sämmtlichen hier bestrittenen Einwendungen können jedoch nur in Erwägung kommen, wenn man sie isolirt auffaßt. Gegen den obigen Zusammenhang des Wesens der fiscalischen Succession müssen sie ohnehin verschwinden. Zwischen allen obigen Ergebnissen und den Erklärungen der Quellen über den Verkauf der vacantia besteht die vollständigste, äußere und innere Harmonie. Auch das Ergebniß, daß der fiscus an sich den Gläubigern nicht blos zu dem Belaufe der Activa haftet, bestätigt sich. Sonst würde auch der Käufer nur so weit haften; davon schweigen aber die Quellen. Und welches Interesse hätte der fiscus haben sollen, den Käufern etwa die besondere Bedingung zu machen, für

1) Blume a. a. O. S. 216. 217.

2) L. 2. in f. Cod. de hered. vend.

das Ganze zu haften, während er selbst nur beschränkt gehaftet hätte? Und welcher Käufer würde auf eine solche Bedingung eingegangen sein?

V. Ist das Vermögen des in dem Testamente eingesetzten Erben, gegen welchen die inofficiosi querela der Notherben begründet war, aus irgend einem Grunde, daher auch als bonum vacans, dem fiscus zugefallen, so geht die Querel gegen ihn. Er wird auch in dieser Beziehung wie der Erbe jenes Erben behandelt.

Imp. ALEXANDER A. Quintiniano [1]).

Si heredum *Quintiniani*, quem patrem tuum esse dicis, adversus quos de inofficioso testamento acturus eras iure successionis, bona ad fiscum pertinent, vel ipsius *Quintiniani* bona utpote vacantia fiscus tenet, causam apud procuratorem nostrum agere potes.

Hier kömmt jedoch nur der erste Fall der Constitution, daß das Vermögen des Erben des Quintinianus an den fiscus gefallen ist, in Betracht; denn nur in ihm konnte von der inofficiosi querela die Rede sein. In dem zweiten Falle, daß der fiscus das Vermögen des Quintinianus als bonum vacans an sich genommen hatte, konnte die Klage nur die intestati hereditatis petitio sein [2]). Dann beweis't aber die Constitution zugleich, daß der fiscus auch darin pro herede behandelt wird, daß die hereditatis petitio gegen ihn begründet ist.

Nach diesen Gründen können die Stellen [3]), in welchen der Eintritt des fiscus in die vacantia durch „*occupare*" be-

---

1) L. 10. Cod. de inoff. test.

2) Francke Das Recht der Notherben. S. 286. Not. 1. Abweichend: v. Buchholtz Jur. Abh. S. 107. Not. 6.

3) L. 2. L. ult. Th. Cod. de bon. vacant. L. 11. Th. Cod. de petition. L. 1. Cod. de donat inter vir. et uxor. L. 5. Cod. de bon. vacant.



zeichnet wird [1]), kein Bedenken erregen. Derselbe Ausdruck wird auch bei den übrigen, dem fiscus verfallenen Gütern gebraucht [2]), und bezeichnet nichts als die fiscalische Besitznahme derselben, mithin diesen Theil der incorporatio. Die richtige Interpretation des Ausdruckes findet sich schon in der Glosse [3]), und ist auch den Neueren [4]) nicht entgangen.

Ist nun der fiscus ein wirklicher Universalsuccessor in die ihm verfallenen Güter, und insbesondere in die vacantia, so ist noch der Begriff dieser Universalsuccession festzustellen. Gajus [5]) sagt:

> Mortuorum bona veneunt velut eorum, quibus certum est, neque heredes, neque bonorum possessores, neque ullum alium iustum successorem existere.

Da nun die vacantia nur dann zu der Befriedigung der Gläubiger verkauft werden, wenn der fiscus sie ausgeschlagen hat, dieser aber weder heres noch bonorum possessor ist, so steht zunächst fest, daß er zu den übrigen Universalsuccessoren in den Nachlaß, alii iusti successores, gehört. In ähnlicher Weise unterscheidet Gajus [6]), an einem anderen Orte, heredes, bonorum possessores und andere Universalsuccessoren; Ulpianus, heredes ceterosque successores. Die weitere Frage: ob er zu den civiles, oder zu den honorarii successores gehört, wird in den Quellen nicht direct beantwortet. Da ihm jedoch die hereditatis petitio der vacantia gewährt wird, und diese nur eine utilis

---

1) Blume a. a. O. S. 215.

2) L. 1. Th. Cod. de iur. fisc. L. 48. §. 1. Dig. de iur. fisc.

3) Ad. L. 5. Cod. cit.

4) Majer Die Succession des Fiscus. S. 75. Glück a. a. O. S. 767.

5) Inst. Comm. III, 78.

6) II. 97. 98.

hereditatis petitio sein kann, weil die directe Klage nur dem heres gebührt, so gehört er zu den prätorischen Universalsuccessoren. Daher können seine Klagen gegen die Erbschaftsschuldner, und die Klagen der Gläubiger gegen ihn, nur utiles actiones sein. Er wird auch sichtbar nach der Analogie des bonorum possessor behandelt. Dieses zeigen schon die hier üblichen Bezeichnungen des Nachlasses: bona, bona vacantia. Der fiscus admittirt oder agnoscirt die bona wie der bonorum possessor; er erwirbt sie nicht ipso iure, wie die civilen Universalsuccessionen häufig ipso iure erfolgen, sondern nur durch Agnition. Die Universalsuccession dessen, welcher den Nachlaß von dem fiscus gekauft hat, wird der Succession aus dem SC. Trebellianum, die zu den prätorischen Successionen gehörte, gleich gestellt [1]. Hierdurch beseitigt sich zugleich das Bedenken, daß die Succession des fiscus auf einer civilen Rechtsquelle, der lex Julia, beruht habe. Denn wie oft, in der späteren Zeit, civile Rechtsquellen prätorische Universalsuccessionen eingeführt haben, dafür braucht nur an die bonorum possessio quibus ex legibus, und an das SC. Trebellianum erinnert zu werden. Demnach würden sich die, welche sagen, der fiscus sei heredis loco oder pro herede, mit gutem Grunde auf:

Paullus Lib. XIX. ad Edict. [2]).

> Hi, qui in universum ius succedunt, *heredis loco habentur.*

berufen dürfen, wenn die Quellen hier nicht dessen ungeachtet, aus anderen Gründen, diese Ausdrücke vermieden.

Das Grundwesen der fiscalischen Succession in die vacantia steht fest. Einige besondere Untersuchungen mögen nachfolgen.

---

1) L. 54. pr. Dig. de hered. pet.

2) L. 128. Dig. de reg. iur.

1. Ueber die Frage: ob der fiscus die vacantia ipso iure, oder erst durch Agnition erwerbe, sind schon die Glossatoren getheilt gewesen. Nach der Glosse des Accursius[1]) erwirbt er das Eigenthum an ihnen, sofern sie solvent sind, ipso iure, den Besitz erst durch die occupatio. Der Antretung bedarf er, da er kein Erbe ist, nicht. Eine andere Glosse, deren Dynus gedenken soll, behauptete das Gegentheil. Bartolus[2]) und die mehrsten Späteren[3]), haben sich der ersteren Ansicht angeschlossen; Einige[4]) der zweiten. Diese Controverse bedarf hier, nach dem Obigen, keiner nochmaligen Entscheidung. Auch Nov. I. Cp. I. §. 1. sagt: „si voluerit."

2. Auch die Controverse, welchem fiscus die, in verschiedenen Territorien belegenen vacantia gebühren, findet ihre Erledigung in dem Grundwesen der fiscalischen Succession. Da diese eine per universitatem successio in die Gesammtheit des Nachlasses ist, so wird sie nur dem fiscus des Wohnortes deferirt. Die Beschaffenheit der einzelnen res vacantes, ob sie beweglich oder unbeweglich sind, kann dabei nicht in Betracht kommen.

3. Das alte Recht der Bürger die vacantia zu occupiren und zu ersitzen, ist durch das neuere Recht des fiscus nicht aufgehoben worden. Es besteht, neben jenem, noch in Justinians Rechtsbüchern, und ist nur dadurch beschränkt, daß der fiscus die vacantia innerhalb eines quadriennium

---

1) Ad. L. 1. §. 1. Dig. de iur. fisc. L. 1. L. 5. L. 4. Cod. de bon. vacant.

2) In L. 1. Dig. de acquir. et omitt. hered.

3) Peregrinus a. a. O. §. 22. §. 23. Meier Coll. Argentorat. Lib. XLIX. Tit. XIV. §. 8. Cocceii a. a. O. §. 44.

4) Stryck a. a. O. §. 53. Ed. IV. p. 369. cf. Mejer Die Succession des Fiscus. S. 55.

5) Peregrinus a. a. O. §. 21. Cocceii a. a. O. §. 24. Glück a. a. O. §. 208.

continuum, von dem Augenblicke an, wo sie entschieden vacantia waren, vindiciren kann. Nach Ablauf dieser Frist wird seine Klage durch die quadriennii praescriptio ausgeschlossen [1]). Da diese Verjährung zunächst eine Klagenverjährung ist, so kömmt es bei ihr nur auf den Ablauf des bezeichneten quadriennium, nicht auf vierjährigen Besitz der vacantia an. Die Besitzer haben daher durch den Ablauf des quadriennii schlechthin auch das Eigenthum der vacantia ersessen [2]). Die quadriennii praescriptio wirkt jedoch nur gegen die hereditatis petitio des fiscus; sie kömmt daher nur denen zu, welche die vacantia pro herede oder pro possessore besitzen. Wer etwas durch einen singulairen Erwerb, z. B. durch Kauf aus dem vacanten Nachlasse erworben hat, bedarf der gewöhnlichen Eigenthumsersitzung; daher eines iusta causa und bona fide gemachten Erwerbes, des Ablaufes von drei, zehn oder zwanzig Jahren. Da aber sonst keine ordentliche Ersitzung gegen den fiscus wirkt, so läuft sie hier nur, so lange die vacantia demselben noch nicht denunciirt sind [3]). Die Quellen beziehen sich, sowohl bei der quadriennii praescriptio, als bei der bezeichneten Eigenthumsersitzung des Singularsuccessors auf Rescripte des Kaisers Antoninus Pius. Daß, in Ermangelung eines jener Erfordernisse, die außerordentliche Ersitzung von dreißig Jahren auch hier gegen den fiscus wirke, kann nicht bezweifelt werden.

---

1) L. 6. §. 7. Dig. si quis omiss. caus. test. L. 10. Dig. de divers. temporal. praescript. L. 1. §. 2. Dig. de iur. fisc. L. 1. Cod. de quadr. praescript. Harmenopul. Lib. II. Tit. 1. §. 52.

2) Ob die vacantia dem fiscus denunciirt waren oder nicht, das hat auf die quadriennii praescriptio keinen Einfluß. Die entgegengesetzte Ansicht Einiger, wie Glück a. a. O. §. 210., beruht theils auf einer Verwechselung mit der Eigenthumsersitzung dessen, welcher etwas titulo singulari aus den Vacantien erworben hat, theils auf einer unrichtigen Interpretation der L. 10. §. 1. Dig. de divers. temporal. praescr.

3) §. 9. J. de usucap. L. 18. Dig. de usurpat.

4. Schlägt der fiscus die vacantia aus, so tritt, seit Marcus Aurelius, zunächst die addictio libertatum conservandarum causa ein. Sonst werden die Gläubiger in die Güter mittirt, und diese werden zu deren Befriedigung verkauft [1]). Da die addictio jetzt wegfällt, so ist bei uns über die ausgeschlagenen vacantia immer das gewöhnliche Concursverfahren zu eröffnen.

5. Das Recht der juristischen Personen, welche dem fiscus in die vacantia vorgehen, muß nach der Analogie seiner Succession beurtheilt werden. Nur das besondere Recht des fiscus, daß er sich durch den Verkauf der vacantia von den Ansprüchen der Gläubiger befreit, und die quadriennii praescriptio, können nicht auf sie bezogen werden. Der liberalitatis imperialis socius ist ein bloßer Singularsuccessor. Er haftet daher keinesweges, wie gewöhnlich angenommen wird, verhältnißmäßig mit für die Schulden. Nach den Constitutionen [2]) soll ihm die andere pars des Geschenkes schlechthin, von jeder alia persona, zu seinem solatium verbleiben. Er ist daher in keiner Weise durch die Gläubiger des Erblassers beschränkt; selbst die Vindication des Geschenkes aus dem Concurse der vacantia kann ihm nicht versagt werden.

6) In dem Systeme findet die Lehre von den vacantia ihren natürlichen Platz hinter der gesetzlichen Erbfolge, wie Justinianus der Succession des fiscus wiederholt hinter den übrigen Successoren des Nachlasses gedenkt [3]). In Justinians Digesten und Codex wird sie in Verbindung mit den übrigen Rechten des fiscus dargestellt.

---

1) S. 112. Not. 3. S. 124. Not. 2.

2) S. 94. Not. 6.

3) L. un. §. 14. de caduc. tollend. Nov. I. c. 1. §. 1. §. 3. — cf. S. 98. Not. 1—3. u. S. 99. Not. 1.

IV.

Ueber das Verbot der Einsegnung der zweiten Ehe in der katholischen Kirche.

Von

Herrn Hofgerichts-Advocaten Dr. Mihlein in Heidelberg.

Die Ehe erscheint bei allen, nur einigermaßen cultivirten, Völkern als eine religiöse Handlung, welche durch Segen geheiligt wird. Vorzüglich war dieses der Fall bei dem israelitischen Volke [1]. Auch die Ehe der Christen, welche eine höhere Würde erlangt hat, wurde von den Dienern der Religion eingesegnet und durch den Segen geheiligt [2]. Um so auffallender muß daher die Verordnung sein, welche die Einsegnung einer Ehe verbietet. Das cap. 3. X. de secundis nuptiis setzt fest:

> Vir autem vel mulier, ad bigamiam transiens, non debet a presbytero benedici: quia, cum alia vice benedicti sint, eorum benedictio iterari non debet [3].

Manche Schriftsteller der neueren Zeit [4] stellen unter Be-

1) Seldenus Uxor hebraea lib. II. cap. 31. Aug. Calmet diss. in vet. et nov. test. tom. II. p. 203. de connubiis Hebraeorum.

2) H. Ch. Hochmanni de benedictione nuptiarum. Altdorfi 1685. C. C. Weiß Archiv der Kirchenrechtswissenschaft B. II. S. 74—79.

3) Vergl. cap. 1. X. de secundis nupt.

4) J. B. Eichhorn Grundsätze des Kirchenrechts B. II. S. 453.

ziehung auf die angeführte Gesetzesstelle den Satz allgemein auf, daß die zweite Ehe nicht eingesegnet werde. Es scheint dieses nicht der Sinn der angeführten Verordnung zu sein.

Aus den ersten Jahrhunderten der christlichen Kirche, soviel mir wenigstens bekannt, existiren keine Gesetze, welche die Einsegnung der Ehe einer Wittwe oder eines Wittwers verbieten. Die Berufung auf eine Verordnung Innocenz I.[1]) ist hier ganz unzulässig, da dieselbe sich nur auf die Unfähigkeit, die höheren Weihen zu erhalten, bezieht, keineswegs aber von der Einsegnung der zweiten Ehe spricht. Jedoch haben wir Nachrichten, daß schon vor der Existenz der oben angeführten Verordnung in einzelnen Gegenden der kath. Kirche diese Disciplin bestand. So schreibt Hilarius oder wer sonst der Verfasser des Commentars unter dem Namen des Ambrosius in die Briefe Pauli ist, in dem ersten Briefe an die Corinther cap. 7. a Deo primae nuptiae sunt, secundae permissae sunt: denique primae nuptiae sub benedictione dei celebrantur solenniter: secundae autem etiam in praeseuti carent gloria und in dem ersten

schreibt: im späteren Kirchenrechte ist nur die Folge geblieben, daß die zweite Ehe nicht eingesegnet wird. Schmalz Handbuch des canonischen Rechtes, 3te Aufl. S. 190. §. 318. sagt: Auch wird die zweite Ehe nur darum in der kath. Kirche nicht priesterlich eingesegnet, weil der Segen aus der ersten Ehe fortdauernd angenommen wird. F. Walter Lehrbuch des Kirchenrechts, 5te Aufl., erwähnt: blos die priesterliche Einsegnung wurde der zweiten Ehe verweigert. F. A. Frey Kritischer Commentar über das Kirchenrecht, Th. III. S. 609. §. 323., schreibt, daß die ιερολογια bei den Eheleuten nicht Statt habe. A. Michl Kirchenrecht, 2te Ausgabe S. 388., führt an: das Kirchenrecht verbietet, eine zweite Ehe zu segnen, aber auch nicht aus Verachtung derselben, sondern weil die erste Ehe schon gesegnet worden, und die feierliche Segnung ohne Nothwendigkeit nicht wiederholt werden soll. Glück Commentar Th. XXIV. S. 182. und die S. 101. Not. 11. angeführten Schriftsteller. v. Hartizsch Handbuch des Eherechts §. 391.

1) c. 3. D. XXVI.

Briefe an Thimotheus cap. 3.: Nemo cum secunda benedicitur. Aelfrick[1]) gestattet zwar die zweite Verehelichung, verbietet aber die Einsegnung, indem er sagt: nullus sacerdos intersit nuptiis aliquibus, ubi vir secunda vice uxorem ducit, vel mulier secundo marito nubit, non benedictionem mutuam det hujusmodi homini, ostendat ipsis, quod melius esset eis in castitate vivere. Laicus tamen cum apostoli venia secundas nuptias contrahere potest, cum uxor ei mortua sit: at canones prohibent benedictionem illis dare et imponunt poenitentiam hujusmodi homini. Es scheint hier entweder Bezug auf die Verordnungen der griechischen Kirche genommen zu sein, oder man muß annehmen, die canones der lateinischen Kirche seien nicht der Nachwelt überliefert worden, welches letzte nicht wahrscheinlich ist. Wenn häufig noch angeführt wird can. 7. concilii Neo-Caesariensis[2]) lautend: presbyter in nuptiis ejus, qui duas uxores ducit, seu digamus efficitur, ne convivetur. Quum enim requirat poenitentiam digamus, quis erit presbyter, qui eo, quod sit convivio acceptus, nuptiis assentiatur? so gehört diese Stelle nicht hierher. Denn schon die Glossa versteht die Stelle von denjenigen, qui simul habent plures uxores, oder von denen, quae plures habent viros, de quibus dicitur, quod poenitere debent: nec debet sacerdos talibus nuptiis interesse: andere Ausleger beziehen sie auf diejenigen, qui contrahunt secundas nuptias, causa saturandae libidinis. Will man aber annehmen, gedachter Canon spreche von einer zweiten Ehe nach vorausgegangener völligen Auflösung der ersten, und er verbiete nicht blos, den Hochzeitsmalen beizuwohnen, sondern untersage auch die Einsegnung, so verdient er doch

---

1) Mansi Concil. Tom. II. Supplement. p. 1167.

2) Derselbe canon findet sich in der Sammlung des Martinus Bracurensis cap. 38. und in jener des Cresconius can. 117. Auch Gratian hat ihn in can. 8. §. 1. C. XXXI. §. 1. obwohl in anderer Uebersetzung aufgenommen.

nicht mehr Berücksichtigung, als jene Verordnung von Aelfrick, denn der Canon ist von einem Partikularconcilium ausgegangen und kann auf allgemein verbindende Kraft keinen Anspruch machen [1]). Seit Alexander's und Urban's Decretalbüchern wurden theils auf den Synoden, theils in den Ritualbüchern Verordnungen hierüber erlassen. So verfügt die Synode von Salmantika cap. 11.[2]): quia certo didicimus, quod plerique simplices clerici et rectores quandoque per juris ignorantiam secundas nuptias benedicant, non attendentes, quod sacramentum hujusmodi iterari non licet: et sic de facili corruunt in errorem, proinde statuimus, quod praelati in suis dioecesibus, in virtute s. obedientiae capitula, de secundis nuptiis minime benedicendis, quae incipiunt: Capitularium et Capitulum autem, super hoc sanctis a patribus edita, faciant publicari. Die Statuta synodolia ecclesiae AMBIANENS.[3]) verordnen: Nullus sacerdos secundo nubentes benedicere praesumat, sive vir transeat ad secundas nuptias sive mulier, hoc enim non est iterabile sacramentum. Si tamen vir vel uxor, qui in primis nuptiis benedictionem non receperint, ad secundas nuptias transierint et contraxerint cum illis qui alias benedicti non fuerint, jus prohibet [4]) tales nuptias benedici, licet autem conjuges, qui benedictionem recepe-

1) J. BINGHAM Origines Vol. IX. lib. 22. cap. 4. §. 2. edit. Hal. p. 338.

2) HARDUIN Collect. tom. VII. p. 1972.

3) MARTENE Collect. tom. VII. p. 1247.

4) Es muß hier gelesen werden, jus non prohibet, wie sich ergiebt aus dem Zusammenhange der Stelle, aus der Decretale Urban's und aus DURAND Rational. div. aff. lib. I. cap. 9. not. 15., welcher schreibt: dicunt etiam quidam quod si aliqui virgines contrahentes non fuerint benedicti, facti digami iterum contrahendo poterunt benedici. Sed etsi contrahentes non fuerint benedicti: licet se non cognoverint carnaliter, non ideo iterum contrahentes iterum benedicentur.

rint, se carnaliter non cognoverint, alter eorum ad secunda vota transierit, benedici non debet. Das römische Ritual vom Pabste Paul V. will die bestehenden Gewohnheiten berücksichtigt wissen, wenn es sagt: Caveat autem parochus, ne, quando conjuges in primis nuptiis benedictionem acceperint, eos in secundis benedicat, sive mulier sive etiam vir ad secundas nuptias transeat. Sed ubi ea viget consuetudo, ut si mulier nemini unquam nupserit, etiamsi vir aliam uxorem habuerit, nuptiae benedicantur, ea servanda est. Sed viduae nuptias non benedicat, etiamsi ejus vir nunquam uxorem benedixerit. Eine solche Gewohnheit bestand in der ehemaligen Erzdiöcese Mainz, wie aus deren Rituale[1]) erhellet: Caveat etiam parochus, ne, quando conjuges in primis nuptiis benedictionem acceperint, eos in secundis nuptiis benedicat, quodsi mulier nemini unquam nupserit, etiamsi vir aliam uxorem habuerit, nuptiae pro hujus Archi-Dioecesis nostrae *consuetudine* benedici possunt. Sed viduae nuptias non benedicat, etiamsi ejus vir nunquam uxorem duxerit. Uebereinstimmend hiemit ist das Ritual der Diöcese Straßburg[2]) und der Diöcese Freisingen[3]). Von andern Diöcesen giebt Hochmann[4]) die vorhandenen Vorschriften an.

Erwägt man die Worte der Decretale Urban's[5]),

1) Verfaßt auf Befehl des Erzbischofs Lotharius Franciscus im Jahre 1695. S. 274.

2) Verfaßt auf Befehl des Cardinals de Rohan, S. 244.

3) Nach dem Zeugnisse von Reiffenstül jus can. univ. lib. IV. tit. 21. §. 2. not. 33. und Schmalzgruber an demselben Orte Note 42.

4) de benedictione nuptiarum cap. V. §. 22. und folgende.

5) Manche Schriftsteller schreiben die fragliche Decretale dem Pabste Alexander III. zu. Vergl. Gonzalez-Tellez Comment. ad h. cap. u. J. H. Boehmer Corp. jur. can. ad h. cap. und die in dem Appendix enthaltenen Decretalen Alexander III. tit. 64. cap. 1.

so ist der Sinn derselben nicht der, daß die Einsegnung einer jeden zweiten Ehe verboten ist, sondern vielmehr der, daß die Einsegnung der zweiten Ehe nur dann nicht stattfinden soll, wenn entweder beide Ehegatten, oder auch nur ein Theil derselben, welche zur zweiten Ehe schreiten, bei der Abschließung der ersten Ehe den Segen empfiengen. Wenn daher beide Ehegatten oder nur einer von ihnen schon einmal verheirathet waren, aber bei der ersten Ehe nicht eingesegnet wurden, so findet die Einsegnung der zweiten Ehe Statt. Das gebrauchte disjunctive Wort vel und die Worte: cum alia vice benedicti sint, geben diesen Sinn und gestatten eine Einsegnung der Ehegatten, welche zwar schon verheirathet, aber noch nicht eingesegnet waren. Hiernach giebt es zwei Fälle, wo die Einsegnung der zweiten Ehe erlaubt ist, nemlich

1) wenn eine Wittwe oder ein Wittwer, welche in erster Ehe mit einem Wittwer oder einer Wittwe verheirathet waren und darum in erster Ehe nicht eingesegnet wurden, nach dem Tode des ersten Gatten zur zweiten Ehe mit einer noch unverheiratheten Person schreitet, und

2) wenn zwei verwittwete Personen, deren jede in erster Ehe mit einem verwittweten Ehegatten verehelicht und wo daher bei keiner eine Einsegnung gestattet war, sich nach dem Tode des ersten Gatten mit einander verheirathen. In beiden Fällen ist eine zweite Ehe vorhanden, aber den beiden ersten Ehen fehlte die Einsegnung, daher die Einsegnung der zweiten Ehe gestattet ist, weil man da nicht von einer Wiederholung der Benediction sprechen kann, wo solche nicht stattfand. Der Pabst Johann XXII. hat in seiner ungedruckten Decretale: Concertationi [1]) dieselbe Erklärung gegeben, wenn er schreibt: quod licet vir vel mulier, ad secundas nuptias transiens, benedici non debeat, cum alias sit bene-

1) Mitgetheilt von Sanchez de matrim. lib. VII. disput. 82. N. 23.

dictus, contrahens tamen secum benedici debebit: quia si forsitan alter eorum, vel ambo, ad secundas nuptias transeuntes, in primis benedicti non fuerunt, danda erit benedictio in secundis. Auch die Canonisten der ältern und neuern Zeit haben diese Ansicht vertheidigt, z. B. Crist. Koch[1]) und die daselbst angeführten Schriftsteller Thomas Sanchez, Prosper Fagnanus, Ernricus Pirhing, Petrus Leurenius, A. Reiffenstül, F. Schmalzgruber, Vit. Pichler, P. Böckhn, Rob. König, Lud. Engel, G. Wiestner, F. X. Zech, sowie Van Espen[2]), P. J. a. Riegger[3]), Claud. Fleury[4]), F. A. Gambsjäger[5]), Schott[6]), Lobethan[7]), Dabelow[8]), Wiese[9]), Sauter[10]), v. Grolman[11]).

Schmalzgruber[12]) wirft hier noch die Frage auf: wenn die erste Ehe, welche eingesegnet wurde, ungültig ist, ob dann die zweite Ehe eingesegnet werden dürfe? und verneint dieselbe, es mögen dieselben Ehegatten, nach Entfernung des Hindernisses, ihre Ehe erneuern, oder jeder Theil mit einer andern Person sich verehelichen, weil die Ehegat-

1) De secundis nuptiis non benedicendis, in dessen Opuscula juris can. N. V. §. 7.

2) Jus eccles. p. II. Sect. 1. tit. 15. cap. 3. §. 17. 18.

3) Institut. jurisp. eccles. p. IV. §. 237.

4) Institut. juris eccles. ed. Clement. Becker p. II. cap. 6. §. 9.

5) Jus eccles. tom. II. §. 239. p. 500.

6) Einleitung in das Eherecht §. 238. Note 2.

7) Einleitung zur theoretischen Ehrechtsgelehrtheit Th. II. B. 3. Tit. 4. §. 2. S. 214.

8) Grundsätze des allg. Eherechts §. 292.

9) Handbuch Th. II. §. 292. S. 692.

10) Fundamenta p. V. §. 702.

11) Grundsätze §. 241. S. 277.

12) a. a. Orte lib. IV. tit. 21. §. 2. N. 43. 44.

ten schon bei der Abschließung der ersten Ehe die Benediction erhielten und diese ihre Wirkung fortäußere.

Die griechische Kirche war in ihrer Disciplin viel strenger als die lateinische. Das Concilium Neocäsarense Cap. 3.[1]) unterwirft die Bigamie, Trigamie einer Buße, indem es verordnet: de his, qui frequenter uxores ducunt, et de his, quae saepius nubunt, tempus quidem poenitentiae his constitutum, manifestum est, sed conversatio et fides eorum tempus abbreviat. Und das Concilium Laodicense Can. 1. sagt: oportere ex ecclesiastico canone eis, qui libere et legitime secundo matrimonio conjuncti sunt, et non clam uxores duxerunt, cum exiguum tempus praeterierit, et orationibus et jejuniis vacaverint, ex venia dari communionem. Am meisten mögen wohl die canonischen Briefe des Basilius[2]) an Amphilochius zu dieser Strenge beigetragen haben. Er unterwirft die sich Wiederverheirathenden einer mehrjährigen Buße und zwar unter der Klasse der Auditoren, also im zweiten öffentlichen Bußgrade. In can. 4. bestimmt Basilius: Trigamorum et polygamorum eundem canonem definimus, quem in digamis, proportione: annum enim in digamis, alii vero duos annos: trigamos autem saepe tribus et quatuor annis segregant. Id autem non amplius conjugium sed polygamiam appellant vel potius castigatum fornicationem.... Consuetudine autem accepimus, in trigamis quinquennii segregationem, non a canone, sed ab eorum, qui praecesserunt, consequentia. Oportet non eos omnino arcere ab ecclesia, sed dignari auditione duobus vel tribus annis: et postea quidem permitti consistere, seu in fidelium

---

1) c. 8. C. XXI. Q. 1.

2) Für die Aechtheit dieser Briefe beruft man sich auf das Concil. zu Constantinopel in Trullo, auf Photius und die griechischen Canonisten. Auch Johannes Scholasticus erwähnt ihrer am Ende seiner Vorrede. Allein heutzutage wird wohl Niemand mehr die Aechtheit annehmen.

esse congregatione, a boni autem, hoc est, Eucharistiae communione abstinere: et sic postquam poenitentiae fructum aliquem ostenderint, communionis loco restituere [1]). Es scheint übrigens, daß diese Bußübungen in der Praxis nicht genau beobachtet wurden, daher der Patriarch Nicephorus zu Constantinopel diese Vorschriften wieder erneuerte, indem er festsetzt: Bigamus non coronatur [2]): sed in eo punietur, ut annis duobus sacra non participet mysteria: trigamus annis quinque emendetur et sic admittatur [3]). Bürgerliche Gesetze [4]) bestätigen diese kirchlichen Verordnungen. Allein die griechischen Bischöfe konnten sich weder in der Lehre noch in der Praxis

1) Vergl. noch can. 76.

2) Unter Krönung verstehen die Griechen den ganzen Benedictionsritus. J. L. Selvaggius Antiquit. christ. institut. lib. III. cap. 15. §. 14.

3) Harduin Collect. tom. IV. p. 1052.

4) Leo's Novell. 90. drückt sich so aus: Oportebat nos, cum divina manu formati menteque ac ratione praediti simus, quorundam brutorum praestantiae non cedere. Non enim illa imbecillitas reprehensione vacat neque a justi vituperationibus libera est: sed tanto obnoxior, quantum brutali naturae rationabilis prudentia antecellit. Oportebat, inquam, homines, cum in aliis, tum praecipue in castitate matrimoniali a brutis non vinci. Multa autem brutorum animantium genera, conjuge mortuo, perpetuam viduitatem amplectuntur alterisque nuptiis priores velut congesta terra obtegere nolunt. Verum quoniam hanc imbecillitatem turpem non esse (quanquam turpissima sit) existimans natura, primo matrimonio contenta non est, sed nullo pudore tacta, ad secundum etiam procedit: quin cum illam hic saltem sistere deberet, non tamen id facit: et quanquam per sacram legem non liceat, a secundo matrimonio ad tertium prorumpit: haud dubie constitutam in tertium matrimonium poenam, quod non exerceatur, contemptui habens: idque eo etiam magis, quod civilis lex, qua nescio de causa, Spiritus poenam constituentis decreto non consentiat, sed nos a reprehensione porro liberat, qui post alterum matrimoniale consortium a matrimoniis abstinere nolint: idcirco nos quae Spiritui placent, sequentes, statuimus, ut qui ad tertium matrimonium pervenerint, poenae quam in ipsos sacer canon promulgavit, obnoxii sint.

über die wiederholten Ehen vereinigen, wie dieses die Heirathsgeschichte des Kaisers Leo beweiset. Der damalige Patriarch Nicolaus zu Constantinopel legte der zweiten und dritten Ehe des Kaisers keine Hindernisse in Weg: als aber der Kaiser die vierte Ehe eingieng, schloß ihn der Patriarch von der Kirchengemeinschaft aus, und weigerte sich, bei der Taufe des aus dieser Ehe erzeugten Sohnes Constantin gegenwärtig zu sein. Andere Bischöfe mißbilligten das Benehmen des Patriarchen und so entstand eine Spaltung, welche erst in dem unter Constantin's Regierung im Jahre 920 zu Constantinopel gehaltenen Concilium gehoben wurde. In dem hierüber gefaßten Unions-Schluß[1]) wurde

1) Diese Entscheidung ist abgedruckt bei Leunclavius Jur. Graeco.-Rom. tom. I. lib. 2. p. 10. und bei Mansi tom. I. Supplement. Concil. p. 1109. Da sie das wichtigste Aktenstück bildet, so mag dieser Beschluß hier eine Stelle finden: proinde sententia judicioque communi decernimus, ne ab hoc anno praesenti, qui est annus mundi DCMCCCCXXVIII. indictionis octavae, quartas nuptias ullus contrahat: sed ut prorsus eae rejiciantur. Quod siquis ad hujusmodi conjugium progredi decreverit, ab omni coetu ecclesiastico exclusus esto, et ab ipso in sanctam aedem ingressu tantisper alienus, donec in hoc conjugio permanserit. Hoc enim sanctis quoque patribus, qui ante nos vixere, visum fuit. Ac nos sane sententiam reddentes assertionem, cum velut alienum a republica Christianorum abdicamus. Et in hunc quidem modum de quarto matrimonio. Ceterum ut et illa, quae ad alia matrimonia pertinent, honestius constituantur et conciliationem vita Christianorum non indignam habeant, de tertio quoque matrimonio definimus, ne simpliciter et temere perficiatur. Nam permissum id quidem est a patribus velut inquinamentum quoddam, quum necdum id temporis, uti nunc, res citra pudorem perageretur ac late diffusa foret: sed ita contingeret, ac siquis illapsas in domum sordes, in angulo forte sitas, negligat. Nunc vero quum spatium sibi quoddam audaciae sumserit, et magnam ad frequentiam progrediendo, nihil turpitudinis habere, nihil sordium existimetur: recte visum est repurgandum, sicuti nec sordum aliquid, non jam amplius in angulum rejectum, sed per aedes ipsas diffusum, ullo modo relinquimus sed expurgamus, et nauseam ex eo provenientem removemus. Itaque tam imbecillitati humanae nos ac-

die zweite Ehe gemißbilligt, die dritte, wenn man über 40 Jahre alt und aus einer früheren Ehe Kinder da wären, verboten, die vierte aber ganz verdammt und mit der Excommunication belegt. Die Gründe, welche den Patriarchen Nicolaus und die übrigen Bischöfe bewogen haben, gegen die dritte und vierte Ehe sich so feindselig zu äußern, sind in einem Schreiben an den römischen Pabst Lando[1]) ange-

commodantes, quam honestatis sitam Christianorum decentis rationem habentes, hoc in tertiis nuptiis servandum statuimus, ut siquis ad annum quadragesimum provectus et neque naturae motus reverentia, neque vitae decentis et honestae, quae a Christianis requiritur, habita ratione, sed vitiosa tantum libidine victus, ad tertium se matrimonium projecerit, omni accuratione et diligenti observatione adhibita, perceptionis Sacramenti ad quinquennium exsors sit, neque de hoc tempore quidquam ullo modo decidatur. Nam qui post annum aetatis quadragesimum in ecclesia Christi et esse et appellari amat inquinamentum, quidnam in corrigenda vita studii certum praebebit argumentum, propter quod sacramentorum perceptionis tempus ei minuendum sit? Quin ne postea quidem, quam ad illibatam hanc perceptionem admissus fuerit, ei licitum erit, ut ad perceptionem hanc alio tempore accedat, quam in sola salutari Christi Deique nostri resurrectione, propter factam (quanta sane fieri potuit,) ex praecedenti jejuniorum abstinentia repurgationem. Haec autem dicimus, quum nulli de prioribus matrimoniis existant iis liberi, qui jam post annum aetatis quadragesimum uxorem ducere noluerint. Quippe si liberi sunt, tertium ejus conjugium permittendum non erit. Est enim sane quam iniquum, intempestivae libidini patrem indulgere, nec liberis e prioribus matrimoniis susceptis prospici atque caveri, ut moeroris expertes sint et perturbationis et aliorum quae generi mortalium ex foecunda multorum liberorum procreatione solent accidere. Quin etiam siquis annos triginta natus, et liberos ex prioribus conjugiis susceptos habens, uxori tertiae copuletur et ipse citra ullam impetrationem veniae perceptionis sacramentorum ad annum quartum exsors esto: quum satis pateat, cum alia nulla re, quam intemperantia motum, et quod carnalis libidinis mancipium sit, ad ejusmodi se matrimonium conferre. Itidem postea, quam mysteriorum perceptionem impetraverit, ter duntaxat iis fruendi quotannis facultatem habebit.

1) Baronius ad an. 912. N. 6.

führt. Er schreibt: cur igitur eos, qui hujusumodi culpae succubuere, sacri canones ab ecclesia ejiciunt? cur brutalem hanc luxuriam et fines humanos supergressam vocant? Es sind dieses Worte des Basilius'schen 79. Canons. Ein weiterer Grund ist aus den apostolischen Constitutionen lib. III, cap. 2., welche dem Pabste Clemens zugeschrieben werden, entnommen und lautet: Alioquin si cum quarta muliere concubitus conjugium est, cur illud Clemens tam aperte damnat? Clemens inquam ille alumnus et auditor Petri? Sic enim apud cum legitur: monogamia quidem naturae atque legi consentanea est: digamia vero post prommissionem illegitima non ob conjugium, verum propter mendacium: trigamia intemperantiae indicium: quae autem trigamiae additur, aperta fornicatio est et indubia incontinentia. Es ist hier offenbar das, was im Geiste der Constitutionen von den durch ein Gelübde der Keuschheit verpflichteten Diaconissen gesagt ist, irriger Weise auf jede dritte und vierte Ehe ausgedehnt. Uebrigens scheint auch dieser Unions-Schluß bald in Vergessenheit gekommen und die zweiten Ehen eingesegnet worden zu sein, wie erhellet aus einem Schreiben des Metropoliten Nicetas zu Heraclea an einen Bischof Constantin, wo er sagt: exacta legum observatio bigamos coronare non est assueta. Minus vero hoc custodit magnae ecclesiae consuetudo, verum et bigamis sponsalitias imponit coronas, nec ullus propterea conquestus est [1]). Die Disciplin der Alexandrinischen Kirche giebt Metrophanes Critopulus [2]) in den Worten an: Insuper nec hoc ignorandum, ecclesiam catholicam ad secundas et tertias usque nuptias condescendere: quartas vero non habere: sed et duae de quibus dictum, secundae scilicet et tertiae, non abs-

1) Leunclavius l. c. tom. I. p. 310. Vergl. noch Bingham Orig. lib. XXII. cap. 4. §. 6. Hochmann l. c. cap. 4. p. 136. 137.

2) *Confess. fid.* cap. 12. §. ult.

que ratione certa conceduntur. Si nimirum conjugium inituri juvenes adhuc sunt, nec carnis aestum ferre queunt, et praeterea si liberis carent, et haeredum sunt indigi, tum veniam hanc impetrant, nequaquam vero si florentem aetatem exegerunt et liberos in patrimonii successionem ex prioribus conjugibus possident. Mox dextris inter se junctis coronas e plantis perpetuo virentibus ipsorum (sponsorum) capitibus imponit (presbyter). So sieht man die griechische Kirche nach und nach von ihrer frühern Strenge ebensosehr gewichen, wie die lateinische, wo in jeder Diöcese über die Einsegnung der zweiten Ehe besondere Vorschriften bestehen, welche mitunter das gemeine Recht geradezu aufheben.

Fragt man nach dem Grunde, warum den zweiten Ehen die Einsegnung versagt wird, sobald die Eheleute in der ersten Ehe den Segen erhielten; so haben die Theologen und Canonisten von jeher verschiedene Ansichten [1]) darüber aufgestellt. Einige glauben, der zweiten Ehe mangle etwas, was die erste habe: sie finden nemlich in der ersten das vollkommene Sinnbild der Verbindung Christi mit der Kirche und das sakramentalische, geheimnißvolle Zeichen, in der zweiten Ehe dagegen den Mangel dieser Einheit. Allein eine durch den Tod aufgelößte Ehe kann die Verbindung Christi mit der Kirche nicht mehr vorstellen, weil eine Ehe, die Verbindung Zweier in einem Fleische, nicht mehr existirt. Die Ehe, als eine Einheit, als ein unzertrennliches Ganze betrachtet, ist dasselbe auch als zweite Ehe, welche ebenfalls diese symbolische Bedeutung an sich trägt. Andere dagegen behaupten, die Einsegnung, welche in der ersten Ehe ertheilt werde, äußere ihre Wirkung auch noch in der zweiten Ehe, und der schon gesegnete Gatte theile dem nicht gesegneten

1) Ch. Koch a. a. O. §. 8. p. 88. SCHMALZGRUBER lib. IV. tit. 21. §. 2. N. 38—40.

neuen Gatten den Segen mit. Abgesehen davon, daß jemand zu einer zweiten Ehe schreiten kann, der in der ersten den Segen nicht empfangen hat, so ist doch nicht außer Acht zu lassen, daß die Brautleute, als ein Ganzes betrachtet, wie der Benedictionsritus nachweis't, die Einsegnung erhalten, und daß daher der eine Ehegatte dieselbe nicht einem Dritten mittheilen kann. Andere stellen die Ansicht auf, die Sakramente dürften nicht wiederholt werden, wogegen aber schon spricht, daß die Ehe von den Theologen nicht zu jenen Sakramenten gerechnet wird, welche einen unauslöschlichen Charakter ertheilen. Die Meinung Anderer geht dahin, der ertheilte Segen sei unauslöschlich, daher er nicht wiederholt werden dürfe. Der Segen wird aber eben so unauslöschlich sein, als die Ehe unauflösbar. Wird nun die Ehe durch den Tod aufgelößt, so wird dadurch auch der Segen gelöscht. Uebrigens wenn auch der Segen unauslöschlich ist, so ist er es doch nur für den Theil, welcher gesegnet wurde, nicht aber für den zweiten Gatten, der den Segen noch nicht erhalten hat. Endlich wollen andere die Einsegnung darum nicht gestatten, damit sie durch öftere Wiederholung nicht verächtlich werde und in den Augen der Christen an Heiligkeit nicht verliere. So oft wird aber kein Mensch heirathen, daß dadurch der eheliche Segen in Verachtung kommen könnte. Das von Hieronymus[1]) angeführte Beispiel

1) Epist. 91. ad Ageruch. Rem dicturus sum incredibilem, sed multorum testimoniis approbatam. Ante annos plurimos cum in cartis ecclesiasticis juvarem Damasum romanae urbis episcopum... vidi duo inter se paria vilissimorum e plebe hominum comparata: unum qui viginti sepelisset uxores, alteram, quae vicesimum secundum habuisset maritum, extremo sibi, ut ipsi putabant, matrimonio copulatas. Summa omnium exspectatio virorum pariter ac feminarum, post tantas rudes quis quem prius efferret: vicit maritus: et totius urbis populo confluente coronatus et palmam tenens adoreamque, per singulos sibi acclamantes, uxoris multinubae feretrum praecedebat.

dürfte, wenn es wahr sein sollte, das einzige in der Geschichte sein.

Der wahre Grund, warum zweite Ehen nicht eingesegnet wurden, scheint vielmehr in dem allgemeinen Hasse zu liegen, welcher auf denselben im Alterthume lastete. Nicht blos die christliche Kirche sah diese Ehen ungern und mißbilligte sie, sondern auch die vorchristliche Zeit, und Tertullian[1]) rühmt es an den heidnischen Weibern, quae pro viris mallent mori, quam alteri nubere. Propertius[2]) singt von Penelope:

Penelope potuit his denos salva per annos
Vivere de multis foemina digna procis.

von Cornelia[3])

Jungor, Paulle, tuo, sic discessura, cubili
In lapide hoc *uni nupta* fuisse legar.

und weiter:

Filia, tu specimen censurae nacta paternae
Fac teneas unum, nos imitata, virum.

Martial[4]) schreibt:

Quae toties nubit, non nubit, adultera lege est,
Offendar moecha simpliciore minus.

Valerius Maximus[5]) erzählt: Quae uno contentae matrimonio fuerant, corona pudicitiae honorabantur: existimabant enim praecipue matronae sincera fide incorruptum esse unimum, qui post depositae virginitatis cubile in publicum egredi nesciret, multorum matrimoniorum experientiam, quasi legitimae cujusdam intemperantiae signum esse credentes. Und Tacitus[6]) schreibt: Melius

1) Lib. de Monog. cap. 17.
2) Lib. II. Eleg. 9. (Nach der Ausgabe von Carolus Lachmannus [Lips. 1816.] Lib. II. Eleg. 10.)
3) Lib IV. Eleg. 12. (Nach Lachmannus Lib. V. Eleg. 11)
4) Lib. VI. Epig. 5.
5) Lib. II. cap. 1.
6) De moribus Germ. cap. 19.

adhuc eae civitates, in quibus tantum virgines nubunt, et cum spe votoque uxoris semel transigitur. Sic unum accipiunt maritum, quomodo unum corpus, unamque vitam, ne ne ulla cogitatio ultra longior cupiditas, ne tanquam maritum sed tanquam matrimonium ament.

Diese Grundsätze wurden bei dem Uebergange zum Christenthume mitgebracht und gleichsam in dasselbe hineingetragen. Daher es nicht zu verwundern ist, wenn die christlichen Schriftsteller die zweiten Ehen ungern sahen und sich dagegen erklärten. Ehe jedoch einige Zeugnisse angeführt werden können, scheint die Bemerkung vorerst einen Platz finden zu müssen, daß die Schriftsteller der ersten christlichen Jahrhunderten unter zweiter Ehe nicht immer eine nach dem Tode des einen Ehegatten wiederholte Ehe, sondern auch oft eine zweite Ehe bei Lebzeiten des andern Gatten verstehen, welches letztere um so leichter möglich war, als die Civilgesetze solche Ehen nach erfolgter Scheidung [1]) der ersten gestatteten [2]). Einige Zeugnisse des christlichen Alterthums werden genügen, um die Ansichten, welche in Ansehung der zweiten Ehe herrschten, darzuthun. Theophilus Antiochenus [3]) sagt: Absit, absit, inquam, a Christianis, penes quos mo-

---

1) Glück Comment. Th. XXVI. §. 1259. S. 221. und folgende.

2) Von einer zweiten, bei Lebzeiten des ersten Gatten abgeschlossenen Ehe ist die von J. H. Boehmer J. E. P. lib. IV. tit. 21. §. 8. und Glück Comment. Th. XXIV. S. 103. angeführte Stelle von Athenagoras Apolog. p. 37. zu verstehen, wenn man sie im Zusammenhange liest, wo sie heißt: Vel ut natus est, unusquisque nostrum manet vel in unicis nuptiis: secundae quippe speciosum sunt adulterium. Quicunque dimiserit uxorem suam et duxerit aliam, moechatur, neque illam dimittere concedens, cujus delibaris virginitatem, neque aliam ducere. Nam qui se ipsum priori uxore privat, licet mortua, adulter occultus est, transgrediens manum ac opus dei, quoniam in principio deus virum unum et mulierem unam formavit etc. etc.

3) Lib. III. contra Autolych.

destia et temperantia florent, continentia viget, unius uxoris legitimum matrimonium servatur, castitas colitur ... ut talia facinora cogitemus, nedum faciamus. Und Minutius Felix [1]) schreibt: alia sacra coronat univira, alia multivira, et magna religione conquiritur, quae plura possit adulteria numerare. Nos pudore non facie, sed mente praestamus. Unius matrimonii vinculo libenter inhaeremus. Cupiditatem procreandi aut unum scimus aut nullam. Irenaeus [2]): Samaritanae illi praevaricatrici, quae in uno viro non mansit, sed fornicata est in multis nuptiis. Hieronimus [3]): Quid si statim secundum perdiderit? sortietur et tertium: et ei ille dormierit, in quartum quintumque procedet: ut nihil sit, quo a meretricibus differrat. Und derselbe [4]) sagt weiter: Illa in evangelio Joannis Samaritana, sextum se maritum habere dicens, arguitur a Domino, quod non sit vir ejus. Ubi enim numerus maritorum est, ibi vir, qui proprie unus est, esse desiit. Origenes [5]): Nunc vero et secundae et tertiae et quartae nuptiae, ut de pluribus taceam, reperiuntur: et non ignoramus, quod tale conjugium ejiciat nos de regno dei [6]). Sicut enim ab ecclesiasticis dignitatibus non solum fornicatio, sed et nuptiae repellunt: neque enim episcopus, nec presbyter, nec diaconus nec vidua (id est diaconissa) possunt esse digami: sic forsitan et de coetu primitivorum immaculatorumque ecclesiae, quae non habet maculam neque rugam, ejicietur digamus: non quo in alternum mittatur incendium, sed quo

1) In Octavio cap. 31.

2) Haeres. lib. III. cap. 17.

3) Epist. 91.

4) Lib. I. contra Jovian.

5) Homil. 17. in Luc.

6) Unter dem Reiche Gottes wird nicht das Himmelreich, oder die Gemeinschaft mit der Kirche, sondern die hohe Stufe der Vollkommenheit verstanden, welche das innere Reich Gottes genannt wird.

partem non habeat in regno dei. GREGORIUS NAZIANZ [1]): Primum lex est, secundum venia et indulgentia, tertium iniquitas: qui autem hunc numerum excedit, porcinus plane est, utpote ne multa quidem vitii exempla habens. BASILIUS [2]): Id autem non amplius conjugium, sed polygamiam appellant, vel potius moderatam fornicationem... Quippe quod ii, qui bigamiae mensura exciderunt, digni non sint, qui vel mariti vel uxoris nomine appellentur. PIONIUS [3]): Poligamiam quidem nomen matrimonii habere, esse vero honesta larva ornatum adulterium. Chrysostomus [4]) schildert mit lebhaften Farben die Nachtheile, welche für die Familie und Kinder aus einer zweiten Ehe erwachsen.

Aus diesen Zeugnissen darf man jedoch nicht schliessen, daß die zweite Ehe für ungültig und nichtig gehalten wurde; das Gegentheil vielmehr erhellet aus vielen Stellen, von denen nur folgende einen Platz finden mögen. HERMAS [5]): Si vir vel mulier alicujus decesserit et nupserit aliquis eorum, num peccat? respondet his verbis: qui nubit, non peccat: sed si per se manserit, magnum sibi conquirit honorem apud Dominum. AUGUSTINUS [6]): De tertiis et quartis et de ultra pluribus nuptiis solent homines movere quaestionem. Unde ut breviter respondeam, nec ullas nuptias audeo damnare, nec eis verecundiam numerositatis auferre. HIERONYMUS [7]): Damnamus secunda matrimonia? Minime, sed prima laudamus. Abjicimus de ecclesia bigamos? Absit, sed monogamos ad continentiam provocamus.

1) Orat. 31.
2) Epist. 188. can. 3.
3) In vita Polycarpi cap. 3. N. 14.
4) Homil. 39.
5) Lib. II. Pastor. Mandat. 4. N. 4.
6) De bono viduit. cap. 12.
7) Epist. 91. ad Ugeruchiam.

Und an einem andern Orte [1]) rechtfertigt er sich gegen den Vorwurf, er habe die zweite Ehe zu sehr herabgewürdigt, schreibend: Ego etiam nunc libera voce proclamo, non damnari in ecclesia digamiam, imo nec trigamiam, et ita licere quinto et sexto et ultra, quomodo et secundo marito nubere: sed quomodo non damnantur istae nuptiae, ita nec praedicantur. Solatia miseriae sunt, non laudes continentiae. Epiphanius [2]) schreibt von den Montanisten und Novatianern: Eum, qui secundis nuptiis alligatus fuerit, expellunt: ac ne facere istud audeat, vim ac necessitatem adhibent. Nos autem neque necessitate ulla constringimus, sed suademus: nec aliter quam honestis praeceptis ac consiliis eum, qui quidem possit, ad id praestandum, impellimus: eum vero, qui minus potest, nulla vi cogimus, nec a salute prorsus excludimus. Ein Verbot der zweiten Ehe existirt nicht [3]).

Der Grund des Verbotes der Einsegnung der zweiten Ehe, deren erste schon gesegnet war, scheint in der feindseli-

---

1) Epist. 48.

2) Haeres. 59. N. 4.

3) Aus dem Concil. Tolet. XIII. can. 5. besagend: Nulli licebit superstitem reginam sibi in conjugio ducere, non sordidis contractibus maculare. Non hoc secuturis regibus licitum, non cuiquam hominum licebit esse permissum. Quod si facere tale aliquid quisquam praesumpserit, quo aut superstitem reginam post decentis principis mortem sibi in connubio copulet, aut adulterina pollutione contaminet, sive sit rex, sive quilibet hominum, qui hujus nostrae sanctionis sententiam violare praesumserit, sit ab omni Christianorum communione seclusus et sulphureis cum diabolo contradatur ignibus exurendus: läßt sich ein allgemeines Gesetz nicht ableiten, sondern es ist dieses eine besondere Verordnung für die Frau des Königs Erwig, der besorgte, dieselbe möchte nach seinem Tode wieder heirathen, und ihrem zweiten Gatten, mit Ausschluß der Kinder erster Ehe, die Regierung verschaffen. Berardus Comment. tom. III. Diss. 7. Q. 2. p. 277. edit. Taur. Acht Jahre später wurde das nemliche auf der Synode zu Saragossa festgesetzt.

gen Ansicht zu liegen, welche man früher von derselben hatte. Die Kirche, welche die Einsegnung nicht zum Wesen der Ehe rechnet, wollte nicht bei einer Handlung mitwirken, welche nach der Ansicht der Zeit und der Menschen mißbilligt wurde. Sowie sich die feindselige Stimmung gegen die zweite Ehe nach und nach verlor, änderte sich auch die Disciplin und jetzt herrscht in vielen Diöcesen beinahe keine Verschiedenheit in der Einsegnung der ersten und zweiten Ehe.

V.

Bemerkungen die Nachweisung der Berufungs-summe bei deutschen Gerichten betreffend.

Von

dem Herrn J. Scholz dem Dritten,

Oberappellations- und Landesgerichts-Procurator zu Wolfenbüttel.

---

§. 1.

Der naturgemäße Gedanke, daß der Richter begehungs- oder unterlassungsweise fehlen könne, führte die Gesetzgeber auf die vorsichtige Anordnung, daß die Prüfung und Entscheidung der Rechtssachen nicht einem Gerichte, sondern mehren anzuvertrauen sey. Es entstanden Handlungen eines andern Richters — Instanzen — und da der Zweite über die Handlungen des Vorhergehenden zu urtheilen hatte, die Sache also von dem Niedern zum Höhern berufen wurde — Berufungs- oder Appellationsinstanzen. —

Ob diese Abberufung der Sache einmal oder mehrmal geschehen solle? hing von der mehren oder mindern Vorsicht der Gesetzgeber und später von polizeilichen, auch wohl von finanziellen Rücksichten ab.

Da die Partheien nicht allein vor dem Gesetze gleich seyn, sondern auch billig gleiche Vortheile in der Behandlung und Prüfung der Sache haben sollen [1]; so mußte

---

1) Das päbstliche Recht spricht diesen Grundsatz aus in dem cap. 11. X. de appell. (2, 28.)

nach natürlicher Ansicht der Dinge der Berufungsrichter eben so gut zugänglich seyn für den Reichen als für den Armen, für die Sache von höherem als geringerem Belange, und so war es auch früher bei den Römern [1]) und bei den Deütschen [2]); besonders in den Zeiten, wo die Staaten den Spruch des Richters noch nicht an die von den Streitenden unmittelbar zu zahlenden Gebühren und Stempel banden.

Der Grundsatz, soviel die unbeschränkte Zugänglichkeit des Berufungsrichters betrifft, erhielt sich bei den deutschen Gerichten, wovon hier Rede ist, noch in das 16te Jahrhundert hinein [3]). Mit Vorsicht geschah es bei der ersten Abänderung des Grundsatzes, daß selbst für die Instanz der höchsten Reichsgerichte nur eine geringe Summe vorgeschrieben wurde [4]).

Mit Abschaffung des Faustrechts in unserm deutschen Vaterlande galt es erst lange Zeit, ehe sich die Richter an ordnungsmäßiges Rechtsprechen gewöhnten und die einzelnen Staaten oder Stände im Reiche die Gerichte gut besetzten, oder eine geregelte Ordnung einführten. Jedoch sah man früh die Nothwendigkeit ein, daß die Prüfung des Rechts wenigstens durch mehre Instanzen geschehen müsse [5]), obwohl das sogenannte Schelten der Urtheile ungern vernommen wurde.

§. 2.

Schon der Landfriede vom Jahre 1438 §. 21 — empfahl

---

1) Const. 20. de appellat. (7, 62.) in Verbindung mit const. 25. C. Theod. (11, 20.)

2) Wenigstens vor dem 16. Jahrhundert. cf. Linde Handb. des Proz. B. 4. §. 81. u. f.

3) In Oesterreich bestand noch später ein halbes Jahrhundert hindurch keine Appellationssumme für die zweite und höchste Instanz. cf. Linde a. a. O. §. 117. S. 404.

4) Sie betrug nur 50 Gulden.

5) cf. Mittermaier der rc. Prozeß in Vergleichung rc. 3. Beitrag S. 114. 2. Ausgabe.

den Ständen gute Besetzung der Gerichte, und aus den Worten des §. 22.:

> Und würde auch Jemand in solchen Gerichten beschwert, der mag sich berufen auf den nächsten Oberrichter desselben Gerichts, wenn aber das anders kein Oberrichter wär, denn wir, der mag sich alsdann an den Hauptmann berufen, den wir in dem geordnet und gesetzt haben, der alsdann nach Gelegenheit der Berufung recht geben und thun soll an unser ꝛc.

geht hervor, daß die Reichsstände bereits Oberrichter hielten, und drei Jahre später wurde unter Kaiser Friedrich dem Dritten und den Ständen auf dem Reichstage zu Mainz 1441 verabredet, daß im Reiche ein Kammergericht, 4 Hofgerichte, 16 Landgerichte und 64 Freigerichte in untergeordneten Instanzen Recht sprechen sollen [1]. Jedoch vermochte der schwache Friedrich die Sache nicht in das Werk zu richten, und erst dem kräftigen Maximilian war es vorbehalten, im Jahre 1495 zu Worms nicht allein den Landfrieden zu Stande zu bringen, sondern auch einem Reichsobergerichte, dem sogenannten Kammergerichte, eine neue Ordnung zu geben.

Sogar die Kurfürsten, obgleich ihnen in der goldnen Bulle Appellationsfreiheit zugesichert war, unterwarfen sich dem neu belebten Kammergerichte und riefen erst später ihre Privilegien wieder zurück.

Die §§. 13, 15 und 29 dieser neuen Ordnung bestimmten, daß die Appellationen an das nächste ordentliche Obergericht (im Lande der Stände) gehen und dem Kammergerichte verboten seyn solle, in erster Instanz eine Ladung zu erkennen, vielmehr jeder Stand seine Unterthanen in seinen ordentlichen Gerichten bleiben lassen und halten solle.

Dasselbe bestätigen die spätern Kammergerichtsordnungen

---

1) Pütter hist. Entwickel. Th. 1. S. 300.



von 1521. Art. 23 §. 1 und Art. 30, und die von 1555 Th. 2. Tit. 1. §. 1. und Tit. 26 und 29.

§. 3.

Daß das gedachte Reichsgericht in bürgerlichen Rechtssachen der Unterthanen [1]) die letzte Instanz seyn solle, stand fest; jedoch keineswegs unter welchen Bedingungen und Einschränkungen. Aus dem Reichstage zu Speier 1570 sehen wir zunächst das Bestreben der Stände, daß ihre eignen Gerichte nicht in zu vielen oder geringen Sachen, sondern nur bei einem höhern Gegenstande unter dem Kammergerichte stehen mögen [2]), und es wurde ihnen unter der Bedingung, daß sie in ihren Landen ordentliche Unter- Ober- und Hofgerichte hielten, eine Berufungssumme von 150 Gulden bewilligt. Auch diese Summe schien noch zu geringe. Auf dem Deputationstage sollicitirte man das Doppelte; erreichte auch im Abschiede von 1600 §. 14. 300 Gulden und bei fortgesetztem gleichem Bestreben im jüngsten Reichsabschiede §. 112 statt 300 Gulden 400 Rthlr. Kapital und wenn es sich von Zinsen und Nutzungen (jährlichen Renten) handelte, 16 Rthlr. [3]).

Dabei blieb es bestehen, und es finden sich nur Ausnahmen, daß einzelnen Reichsständen eine höhere Summe

---

1) Für die Unmittelbaren sprach dasselbe in erster Instanz und in Strafsachen gar nicht. Der von Maximilian 1518 niedergesetzte Reichshofrath hatte zwar concurrentem jurisdictionem, wurde aber, weil die Protestanten ihn nicht billigten, selten angegangen. cf. Eichhorn, Rechtsgeschichte §. 430 und 511 (2te Ausg.).

2) In der ersten K. G. O. Th. 2. Tit. 2. war die Appellationssumme auf 50 Gulden bestimmt.

3) Der Grund, warum sie bei dem Reichszinsfuße zu 5 pro Cent. nicht 20 Rthlr. Renten bestimmt wurden, ist schwer zu lösen. cf. Hagemann und Günthers Archiv. Th. 1. Nro 10.

als besonderes Privilegium bewilligt [1]), Andere aber von der reichsgerichtlichen Berufung ganz ausgenommen wurden [2]).

Wie viele Gerichte die Stände halten und von welchen Gerichten die Berufung an die Reichsgerichte geschehen sollen, darüber fehlen die genauen Bestimmungen. Man hatte jedoch mit wenigen Ausnahmen eingeführt, daß jeder Reichsstand deren zwei [3]), also auch ein Obergericht als mittlere Berufungsinstanz halten könne, sogar müsse, die Reichsgerichte also in den durch die Berufungssumme bedingten Fällen, nur in dritter Instanz sprachen.

Appellatio per saltum war, mit wenigen Ausnahmen, untersagt [4]).

§. 4.

So blieb die Sache, bis im Jahre 1806 der Kaiser seine deutschrömische Reichskrone ablegte und die Stände ihren Pflichten gegen Kaiser und Reich überhaupt, also auch des Instanzenzugs an die Reichsgerichte entbunden wurden. Mit der erlangten Selbstständigkeit [5]) überkamen sie das Recht aber auch die Verbindlichkeit, das Rechtsprechen auch in der letzten Instanz selbst übernehmen zu müssen, und sowohl von einer richtigen Theorie [6]), als von geschichtlichen Beispielen geleitet, stellten sie einstweilen in ihren eignen Staaten — unter verschiedenen hier nicht zur Sache gehö-

---

1) Z. B. Braunschweig, Lünneburgischen, Zellschen, Wolfenbüttelschen und Calenbergschen Theils eine Ausdehnung der Appellationssumme von 2000 Goldgulden. 1648.

2) Eichhorn Staats- und Rechtsgesch. §. 550. Note k. (2te Aufl.)

3) cf. Gönner Prozeß Th. 3. Abhandlung 55. S. 71.

4) cf. diese Zeitschrift B. 9. H. 1. S. 4.

5) Die durch die französischen Eroberungen eingeführten Veränderungen können unberührt bleiben.

6) Wie sie das kanonische Recht vorschreibt. cf. Eichhorn a. a. O. Th. 4. S. 425.

renden Namen und Attributen — ein drittes Instanzgericht her, falls solches nicht schon früher bestand [1]).

Was früher facultativ war, wurde durch die deutsche Bundesakte vom 8. Juni 1815, wodurch die ehemaligen Reichsstaaten in veränderter Gestalt volle Souverainetät erhielten, zum Gesetze erhoben.

Die im Art. 3. der Bundesakte ausgesprochene Unabhängigkeit und Gleichheit der Rechte, schloß zwar auch die Befugniß in sich, daß jeder Staat seine innere Verfassung und Verwaltung (also auch die der Justiz) nach eignem Gutbefinden einrichten könne [2]); allein der Art. 12 der Bundesakte beschränkt solches durch die Verfügung:

> daß die Staaten, welche noch keine Gerichte dritter Instanzen haben, diese entweder nach der Größe ihrer Bevölkerung für sich allein, oder in Verbindung mit Andern errichten sollen.

Die Art der Einrichtung dieser Berufungsbehörde für die dritte Instanz wurde den Bundesstaaten überlassen, also auch die Bestimmung der Berufungssumme, als Theil der Kompetenz, und so findet denn jetzt eine Verschiedenheit Statt, bald in dem Betrage selbst, bald in den Ausnahmefällen [3]).

---

1) So lebte z. B. in Hannover das ältere Tribunal zu Celle wieder auf, und im Herzogthum Braunschweig, welches von 1806 bis 1813 von den Franzosen occupirt war, wurde im Januar 1815 eine Appellationskommission mit 1000 Rthlr. Kompetenzsumme angeordnet; über die Ordnung anderer Staaten vergleiche Linde Handbuch a. a. O. §. 103 u. f. Mittermaier Prozeß in Vergleichung rc. 3. Beitr. S. 33 u. f.

2) cf. Eichhorn a. a. O. S. 699.

3) So haben z. B. in den Königl. Hannoverschen und Herzogl. Braunschweigschen Landen die Appellationsgerichte zu Celle und Wolfenbüttel zwar beide jetzt die Berufungssumme von 500 Rthlr. in courrenter resp. Conventionsmünze als Regel. Dagegen läßt das erste auch solche Berufungen zu:

wo der Appellant von so geringen Mitteln ist, daß sein ganzes

§. 5.

So weit das Geschichtliche, und zwar nur von den Berufungsgerichten dritter Instanz, weil bei den Mittelgerichten, welche meistentheils eine Kompetenzsumme auch erfodern, dasselbe gilt, mit dem Unterschiede, daß die Summen kleiner und ungleich verschiedener sind.

Wir bemerken dabei, daß es uns weniger darum zu thun war, den Betrag der Berufungssummen und dessen Verschiedenheiten in der Vorzeit und Gegenwart kennen zu lernen, als den Zweck oder Grund, besonders aber das bei Beurtheilung derselben Statt findende Verfahren zu beleuchten, indem wir bei den uns bekannten Schriftstellern das Letzte besonders wenig oder gar nicht erörtert fanden.

Aus dem Zwecke und Grunde wird sich die Beantwortung der Frage ergeben, was der Parthei in der Nachweisung der Berufungssumme obliege, was also der Richter von ihr verlangen könne, und ob und in welchem Maße Parthei und Gegenparthei dabei thätig werden können?

§. 6.

Der Zweck, warum einer Appellationsbehörde, sie bestehe in zweiter oder letzter Instanz, vorgeschrieben ist, in welchen Sachen sie der Eigenschaft oder der Summe nach nur thätig werden soll, ist offenbar weniger ein aus Billig-

---

oder der größte Theil seines Vermögens in dem Prozesse bestände und die Summe wenigstens 200 Rthlr. beträgt.

Das gemeinschaftliche Oberappellationsgericht zu Wolfenbüttel kennt diese Ausnahme nicht, hat aber dagegen eine Andre, welche darin besteht:

daß in den Fällen, wo die Mittelinstanz das Gericht erster Instanz abgeändert hat, die Berufung zugelassen wird, wenn der Gegenstand 200 Rthlr. beträgt.

Bei beiden wird übrigens der Gegenstand der Beschwerde, nicht aber der der klagbar gemachten Foderung gerechnet.

keit gegen die Partheien hergeleiteter [1]), als vielmehr ein polizeilich finanzieller. So sehr man sich auch von der Nothwendigkeit der Berufungsrichter überzeugte, um eine sorgfältigere Prüfung der Rechtssachen herbeizuführen und nachtheiligen Einfluß der richterlichen Schwächen zu verhüten oder unschädlich zu machen, so ist doch nicht zu leugnen

1) daß sie das Ende der Sachen, also auch das formelle Recht und dessen Vollziehung verzögern, auch wohl die Streitsucht vermehren, eben dadurch

2) den Prozeß vertheuern und endlich

3) die Zahl der zu besoldenden Richter, also auch die Staatsausgaben vermehren.

Es galt daher für die Verwaltung des Staats hier die Aufgabe, den Zweck der bessern Rechtspflege auf der einen Seite zu erlangen und auf der andern Seite diese Nachtheile möglichst zu verhüten.

Ein großer Theil der Rechtssachen ist von der Beschaffenheit (die sogenannten summarischen oder unaufschieblichen), daß sie mehre Instanzen nicht vertragen. Sie mußten daher diesen und überhaupt den mehren Rechtsmitteln, entweder ganz entzogen, oder doch dergleichen verzögernden Schritten die aufschiebende Wirkung versagt werden.

Zu diesem letztern Zwecke trug das Vorschreiben einer Berufungssumme allerdings wenig bei; allein es erschien auch angemessen, daß den Partheien in dem ordentlichen Rechtsgange das Recht in der Form nicht zu lange vorenthalten und sie in Sachen von geringerem Belange nicht Kosten aufwenden sollen, die häufig die Hälfte, oft auch den ganzen Werth des Streitgegenstandes übersteigen. Menschenkenntniß belehrte den Gesetzgeber, daß Streitsucht, Ehrgeiz, Rechthaberei und, im verzeihlichern Falle, Ueberzeu-

1) cf. Linde a. a. O. S. 401.

gung von dem Rechte, zu starke Hebel sind, um sich aus eignem Triebe von dem gewagten, Zeit und Kosten raubenden Schritte der höhern Rechtsinstanzen abhalten zu lassen.

Es schien also eines solchen positiven Gegengewichts zu bedürfen, wie es die Instanzsummen der höhern Gerichte allerdings erzeugen. Eben so wenig ist zu leugnen, daß Appellationsrichter, also Männer, welchen die Oberaufsicht über die Richter der Vorinstanz anvertraut ist und denen — wenigstens der Theorie nach — eine bessere Kunde der Rechte, überhaupt mehre Befähigung beiwohnen soll, daß, sagen wir, dergleichen Männer entweder seltener oder doch nur mit mehren Kosten zu haben sind. Konnten aber den Richtern der Berufung und Oberberufung alle Sachen der ersten Instanz ohne Ausnahme vorgelegt werden; so bedurfte es in zweiter und dritter Instanz — mit wenigen Ausnahmen, durch Erleichterung der Vorarbeiten herbeigeführt — eben so vieler Oberrichter als der Richter erster Instanz in dem ganzen Bezirke, vielleicht in dem ganzen Lande waren, worüber jene gesetzt wurden. Diese Verdreifachung der Richterzahl zu verhüten, glaubten die Staaten gleichfalls Ursache zu haben, wenn sie nicht entweder die Besoldungskasse zu stark belasten, oder durch Vermehrung oder Erhöhung der Gerichts- und Stempelgebühren, den streitenden Theilen eine eben so schwer zu verantwortende als unerschwingliche Last aufbürden wollten.

§. 7.

Rücksichten der allgemeinen Staatspolizei und Verwaltung waren es also, die bei dem Vorschreiben der Berufungssumme ein allerdings hartes Opfer der Einzelnen foderten. Daß es übrigens schwer ist zu sagen, welche Summe die angemessene sey, damit auf der einen Seite der obige Zweck erreicht, auf der andern aber nicht die Billigkeit zu sehr verletzt werde, welche will, daß Aermere oder Minderbegüterte, deren Sachen, obwohl gewöhnlich von minderem

objektiven aber nicht subjektiven Belange, dieselben Prozeß-vortheile genießen, welche die Berufungsgerichte doch einmal gewähren sollen[1]), wird Niemand verkennen.

Eben so schalten wir hier nur ein, daß bei den frühern Reichsobergerichten die Last der kostbaren Erhaltung der dritten Berufungsinstanz, den Ständen allerdings sehr erleichtert war — der Beitrag war verhältnißmäßig geringe — allein eines Theils waltete hier fortwährend ein Bestreben vor, sich bei mehren Dingen und auch im Rechtsprechen möglichst unabhängig von Kaiser und Reiche zu machen, und andern Theils lehrte die Erfahrung sehr bald, daß die Sache durch die Berufung an die Reichsgerichte unverhältnißmäßig vertheuert und in einen höchst schleppenden Gang, wohl gar in einen ewigen Stillstand gebracht wurden. Es war daher den Ständen nicht zu verargen, wenn sie auch hier — wie gezeigt — die Berufungssumme von Zeit zu Zeit zu erhöhen oder sich durch Privilegien de non appellando zu sichern oder ganz frei zu machen strebten.

§. 8.

Fragen wir nun zunächst, wer darauf zu achten habe, daß der an die Berufungssumme geknüpfte polizeiliche Zweck erreicht werde; so ergiebt sich sehr bald, daß solches der Richter sey. Ihm liegt nicht allein ob, dafür zu wachen, daß alle den Prozeß betreffenden Vorschriften befolgt und die ihn ungebührlich verzögernden Hindernisse abgewendet werden; sondern er pflegt auch noch besonders darauf beeidigt zu werden, daß er die Ordnung des Gerichts — worin auch die Kompetenzsumme meistens vorgeschrieben ist — be-

---

1) In dieser letzten Beziehung erscheint die vorhin in der Note angehobene Vergünstigung, welche die Zellesche Oberappellationsgerichts-Ordnung den Minderbemittelten gestattet, nachahmungswerth. Sie findet sich in der Ordnung des Gerichts vom 26. Juni 1713 Tit. II. §. 2 und gilt bis zur Stunde. cf. die Hagemannsche Ausgabe de 1819 S. 96.

achten wolle. Selbst der Richter der Vorinstanz scheint hierauf angewiesen zu seyn.

Auch ihm liegt daran, daß seine Entscheidungen in Wirksamkeit treten, und daraus scheint zu folgen, daß ihm frei stehen müsse, dergleichen Schritte für unzuläßig zu erklären, die er gesetzlich nicht geeignet findet. Sowie er verspätete Einlegungen zurückweisen kann, eben so wohl kann er die gegen nicht berufungsfähige Sachen zur Hand genommnen für unzuläßig erklären [1]), und die Schritte thun, welche er gethan haben würde, wenn die Einlegung nicht erfolgt wäre.

Mittermaier a. a. O. 3. Beitrag S. 67 erkennt nach dem gemeinen Prozesse die Regel an, daß der Unterrichter die sogenannten Apostel ertheilen, aber auch aus dem gedachten Grunde versagen könne. Er fügt aber hinzu:

> Unbedenklich entspricht nur dasjenige System, welches dem Unterrichter gar kein Recht giebt, über die Zuläßigkeit der Berufung zu erkennen, dem Charakter der Berufung als einem devolutiven Rechtsmittel. Nur das Obergericht, dessen Gerichtsbarkeit aufgerufen ist, kann über seine Kompetenz entscheiden, eine Befugniß der Untergerichte ist ein verjährtes Vorurtheil als Folge der alten Apostel oder der Ansicht, nach welcher man oft noch in der Appellation eine Beleidigung des Unterrichters fand.

Wir stimmen ihm unbedenklich bei. Theils erscheint es unpassend, daß der Unterrichter hier dem Oberrichter vorgreife, weil er in den Fällen, wo die Parthei die Berufungssumme glaubt nachweisen zu können, doch darüber nicht entscheiden kann, ob solche nachgewiesen sey, oder nicht, theils veranlaßt er alsdann, wenn er in der Sache verfährt, als wenn die Berufung nicht eingelegt wäre, offenbar Kosten und eine unnöthige Uebereilung der Partheikosten, weil eine Ver-

---

1) Danz ordentlichen Prozeß §. 423. Gensler Kommentar zu Martin §. 276. S. 143.

sagung der Apostel in der Regel auch eine Rücksendung der Akten zur Folge hat und Uebereilung des Appellanten, weil dieser dann, um diese Kosten, oder gar ein weiteres Vorschreiten in der Sache zu verhüten, oft genöthigt seyn wird, die Sache schneller bei dem Berufungsrichter einzuführen oder sich besonders zu beschweren, bevor er sich dazu im Stande befindet, oder nach den gesetzlichen Fristen dazu sonst würde schreiten müssen. Und wozu, darf man fragen, soll alles dieses nützen? Findet der Appellationsrichter die Berufungssumme nicht nachgewiesen; so wird er das Rechtsmittel von selbst verwerfen, und im umgekehrten Falle wird er sich nicht bewogen finden, der Berufung deshalb nicht Statt zu geben, weil der Unterrichter dafür hielt, daß es an der Summe fehle. Mehr als ein bloßes Dafürhalten, mehr als eine bloße Ansicht ist die unterrichterliche Versagung doch nicht, weil es ihm, wie gesagt, an der Kompetenz selbst an der Gelegenheit fehlt, über eine andere Meinung der Parthei oder eine Nachweisung zu entscheiden.

In den Fällen übrigens, wo die Versagung des Unterrichters erfolgte und die Parthei sich nicht glaubt beruhigen zu können, sind wir aus den erwähnten Gründen der Inkompetenz und eines nur eventuellen oder bedingten Ausspruchs, der Meinung, daß die Parthei nicht nöthig habe, gegen ein solches Versagungsdekret besondre Rechtsmittel einzulegen [1]), sie vielmehr — freilich nöthigenfalls geschwinder — dem Berufungsrichter das abschlägige Dekret vorlegen, die Summe bescheinigen und hier um Abfoderung der Akten und Hemmung des Verfahrens bitten könne.

Nützlich ist es entweder, gleich bei der Einlegung zu bemerken, daß die anscheinend zweifelhafte Berufungssumme

---

1) Gensler a. a. O. obwohl Danz a. a. O. und die von ihm in Note d angeführten Mevius und Pütter solches anrathen, gleichwohl aber bekennen, daß der Oberrichter ohnehin freie Hand behalte, Prozesse zu erkennen.

bei dem Verfolge des Rechtsmittels bescheinigt werden solle, oder wenn dieses nicht geschehen und ein versagendes Dekret erfolgt ist, zur Verhütung weiterer Schritte des Richters der Vorinstanz, die Absicht der Verfolgung, resp. Nachweisung, dem Unterrichter anzuzeigen.

Es verhält sich hier, wie bei der Versagung eines Devolutivrechtsmittels wegen verspäteter Einlegung, wo der Richter der Vorinstanz durch die Anzeige der Parthei, daß sie von prätorischer Restitution Gebrauch machen und solche bei dem Oberrichter begründen wolle, sich bewogen finden muß, dem weiteren Vorschreiten in der Sache Anstand zu geben.

§. 9.

Weniger Zweifel noch hat die Sache wegen der unterrichterlichen Thätigkeit da, wo Prozeßgesetze die Förmlichkeiten der Apostel, Aktenrequisition u. s. w. hinweggenommen haben. Es heißt z. B. in dieser Beziehung in einem Herzogl. Braunschweigschen Gesetze vom 15. Oktbr. 1832 §. 25 [1]).

> Im Falle der Rechtfertigung eines devolutiven Rechtsmittels [2]) ist davon zeitig bei dem Gerichte, gegen dessen Erkenntniß das Rechtsmittel gerichtet ist, Anzeige zu machen, worauf das Gericht binnen 8 Tagen die Akten an das obere Gericht bei 5 Rthlr. Strafe einsendet [3]).
>
> Ist die Rechtfertigungsfrist ohne Eingang der Anzeige abgelaufen; so ist jenes Gericht befugt, das Rechtsmittel für desert zu erklären und das Weitere in der Sache zu verfügen.
>
> Unterbleibt die Anzeige bei der Rechtfertigung des Rechtsmittels; so ist der Sachwalt schuldig, die Kosten des Mandats zur Einsendung der Akten und des Beschei-

1) Verordnungssammlung de 1832 Nro 29.

2) Appellation oder Nichtigkeitsbeschwerde.

3) Wird verstanden: einzusenden hat.

des darüber, aus eignen Mitteln zu tragen und die mit einem Sachwalte nicht versehene Parthei ist nicht befugt, den Ersatz dieser Kosten von dem Gegner zu verlangen. Geht die Anzeige erst nach dem Abläufe der Rechtfertigungsfrist ein, so sind auch in diesem Falle die Akten binnen 8 Tagen an das obere Gericht einzusenden.

Der Richter von welchem ist in diesem Falle, selbst wenn er seine Ansicht über das Nichtstatthaben eines abrufenden Rechtsmittels aussprechen sollte, immer gehalten, die Akten bis zur Anzeige über den Verfolg dieses Rechtsmittels resp. bis zum Ablaufe der Rechtfertigungsfrist an sich zu halten; also auch der Richter erster Instanz kann in der Sache nicht vorschreiten.

Um so unangemessener ist es aber, wenn der Richter, von welchem berufen wird, das Rechtsmittel wegen fehlender Summe dennoch für unzulässig erklärt [1]).

§. 10.

Schwieriger ist die Frage, wie sich die Parthei gegen den Appellationsrichter zu verhalten habe, um diesen von der Kompetenzsumme zu überzeugen und was dieser in Hinsicht auf Nachweisungsform zu verlangen habe?

Wir sind unbedenklich der Meinung, daß es zu dieser Nachweisung keines förmlichen Beweises, sondern nur einer summarischen Bescheinigung bedürfe.

1) Handelt es sich hier nur von einer Vorschrift, welche, wie wir sahen, die Polizei des Prozesses betrifft und über dergleichen Vorschriften förmlichen Beweis zu verlangen, erscheint um so weniger angemessen, da, wie wir sogleich sehen werden,

1) Im Baierschen brauchte der Appellant schon während der vormaligen Reichsverfassung die Akten weder einzulösen noch um Apostel zu bitten. cf. Mittermaier a. a. O. S. 53.

2) die Einwirkung des Gegners hier ausgeschlossen seyn muß, ohne diese aber billig eine förmliche Beweisführung nicht Statt haben kann.

Wie es denn auch

3) bedenklich erscheint, über dergleichen Fragen eine schwer zu vermeidende Verzögerung oder Vertheurung des Prozesses herbei zu führen.

§. 11.

Zwar will die allgemeine Regel, daß der Richter im Laufe des Prozesses von der Wahrheit eines jeden erheblichen und ihm nicht einleuchtenden Thatumstandes überzeugt, ihm also Beweis geführt werden müsse, und da es in den Fällen, wo der Werth einer Berufungsbeschwerde in den Akten ersichtlich nicht schon vorliegt, an den zur Ueberzeugung führenden Merkmalen immer fehlt; so scheint es, daß die Parthei sich über diese Beweisführung nicht hinaussetzen könne.

Allerdings dürfte auch die Frage Ob? nicht zu bestreiten seyn; nur auf das Wie? kommt es an, und da liegt unsers Dafürhaltens noch der Scheidepunkt in dem Unterschiede zwischen der förmlichen oder feierlichen Beweisführung und der Bescheinigung oder Demonstration[1]).

Unbedenklich ist die Nachweisung der Berufungssumme zu der letzten Art zu zählen.

Der Richter verlangt hier nicht die Nachweisung einer Thatsache, deren Momente er vorschrieb, um das streitige Recht unter den Partheien zu entscheiden, sondern nur die Nachweisung eines von der allgemeinen Prozeßpolizei erfoderten Punkts. Er verlangt Nachweisung nicht über einen materiellen, sondern über einen formellen Punkt,

1) Martin Lehrbuch des Prozesses §. 136 (11. Ausg.) und die von ihm in der Note b angeführten Schriftsteller.

nicht über Dinge, welche das Recht beider Theile im Prozesse, sondern die Zulassung eines Theils zum Prozesse bedingen sollen.

Es handelt sich also eigentlich nur um eine Art Legitimation oder Prozeßleitung, um die Frage: ob die Sache, welche der Appellant zur Entscheidung an den Berufungsrichter bringen will, die Wertheigenschaften habe, daß dieser Richter sein Amt ausüben müsse? Dabei richtet die Parthei ihren Antrag nicht an einen Richter, welcher Recht spricht, sondern eigentlich an einen solchen, der hier über Formen und polizeiliche Erfodernisse zu entscheiden hat.

Der ordentliche oder feierliche Beweis setzt eine Menge gesetzlich angeordneter Formen voraus, wobei ausser dem Richter im Vorschreiben einer Beweisnorm und der Beaufsichtigung des Beweisverfahrens, auch beide Theile thätig werden müssen oder können, in der Wahl der Beweismittel, im Gegenbeweise, in der Vertheidigung u. s. w. Alle dergleichen Dinge kann man aber von einer Parthei nicht erfodern, die sich nur als befähigt zu einem Rechtsmittel ausweisen soll. Zur Leitung einer ordentlichen Beweisführung würde der Oberrichter überhaupt nicht die rechte Behörde seyn, und weder Nothfristen, noch, wie wir weiterhin sehen werden, ein thätiges Ein- oder Gegenwirken des andern Theils ist hier zulässig. Der das Rechtsmittel nachsuchenden Parthei liegt daher in den Fällen, wo die Berufungssumme aus den Akten nicht klar ersichtlich ist, nur ob, solche als Theil der Formen bei Einführung des Rechtsmittels behuf Ueberzeugung des Richters möglichst zu begründen [1]), und wenn dieser dennoch Zweifel äußert, so hindert ihn

1) Danz a. a. O., §. 425 bedient sich des Worts begründen, und die Gerichtsordnungen meistens des Worts dociren. cf. Hannoversche Oberappellationsgerichtsordnung Tit. II. §. 1. oder noch bestimmter des Worts bescheinigen. cf. Herzogl. Braunschw. Prozeßgesetz vom 15. Oktbr. 1832 §. 19. Nr. 1.

nichts ohne Besorgniß einer Rechtskraft [1]) des verweisenden Dekrets, bessere Bescheinigungen beizubringen.

§. 12.

Aus dem Bisherigen ergiebt sich zum Theile auch die Frage: ob und inwiefern die Gegenparthei bei der Nachweisung der Berufungssumme thätig werden kann?

Sie kann es nach unserm Dafürhalten nicht.

Allerdings hat sie ein Interesse dabei, daß das, was in der Vorinstanz erkannt wurde, zum formellen Rechte erhoben, also die Berufungsinstanz nicht zugelassen werde, und unverwehrt ist ihr, wenn einmal eine Zurückweisung wegen mangelnder Summe erfolgte, daß sie die Berufung als unzulässig annehme und dergestalt einschreite, als ob sie nicht erhoben wäre. Darauf aber ist ihre Thätigkeit beschränkt.

In die Verhandlungen über die Summe bei der Oberinstanz selbst kann der Gegner nicht einschreiten, weil die Fragen über deren Zulassung, wie wir sahen, nur zwischen dem Oberrichter und der die Berufung verfolgenden Parthei sich verhandelt. Was dieser untersucht, untersucht er für sich und was er bescheinigt oder nachgewiesen verlangt, verlangt er von dem Appellanten nur als prozeßleitende Behörde.

Dem Appellaten kann da, wo es eine ordentliche Beweisinstanz nicht giebt, kein Gegenbeweis kraft des Gesetzes zustehen. Er kann also nur thätig werden, wenn richterliche Auflagen es besonders verlangen, und gegen dieses Verlangen schützt der Begriff von Bescheinigung oder Demonstration, den wir uns nicht anders denken können, als

---

1) Was Gönner im Prozesse Th. 3. Abhandl. 57 und von Almendingen Metaphysik des civ. Proz. S. 22. von bloßen Willensakten des Richters sagen, würden wir auf dergleichen Dekrete anwenden.

einfache Nachweisungen zwischen einer Parthei und dem Richter ohne Einwirkung des Gegners.

Bedürfte es zum Beweise dessen, daß die Einwirkung des Appellaten ausgeschlossen sey, noch eines Mehren, so würde der Umstand dazu beitragen, daß selbst eine zustimmende Erklärung desselben den Richter nicht binden würde, der Berufung Statt zu geben, und wir schließen nicht unsicher, wenn der Appellat durch das Einräumen der Berufungssumme den Richter nicht bestimmen kann, sich für kompetent zu erklären, derselbe auch umgekehrt mit seinem Widerspruche nicht zu hören sey.

Der Grund dieser Selbstständigkeit des Berufungsrichters liegt, wie mehr bemerkt, in der polizeilich administrativen Richtung der vorgeschriebenen Berufungssumme und in der ihm gegebenen Befugniß, den Prozeß zu leiten und auch die Zweifel, welche die Beschaffenheit der Sache über das Vorhandenseyn der Summe an die Hand giebt, durch Bescheinigungen von Seiten des Appellanten, aber auch nur durch diese, sich lösen zu lassen. Daher würde denn auch der Appellat in dem Falle, wo der Richter die Berufungssumme für genügend nachgewiesen erkannt hat, dagegen eben so wenig ein Rechtsmittel erheben können, als ihm solches bei mehren ähnlichen, nur vom richterlichen Ermessen abhängenden Dingen freisteht, z. B. wenn der Richter mit oder ohne genügende Bescheinigung sich bewogen gefunden hat, wegen verfehlter Fristen oder Handlungen prätorische Restitution zu ertheilen [1]), oder nach der Regel: quae desunt advocatis Gründe zu ergänzen, u. s. w.

---

1) In mehren Gesetzgebungen, z. B. in der Herzogl. Braunschweigschen, ist ausdrücklich vorgeschrieben, daß Gesuche um prätorische Restitution keine Veranlassung zu Partheiverhandlungen geben, also dem richterlichen Ermessen allein anheim gestellt seyn sollen.

§. 13.

Tadelhaft erscheint es also immer, wenn der Richter die eigentliche Nachweisung der Berufungssumme zum Verfahren unter den Partheien oder im Falle dem Appellanten bessere Nachweisung nachgelassen ist, dem Gegner eine Gegenerklärung oder Gegenbescheinigung nachläßt oder gar eine Art Beweis- und Gegenbeweisinstanz einleitet. Er vergiebt sich auf der einen Seite einen Theil seiner richterlichen Befugniß im Handhaben der Polizei des Prozesses und macht sich von dem Willen der Parthei abhängig, wenn diese ausdrücklich oder stillschweigend in die Angaben des Gegners willigt; auf der andern Seite aber verzögert oder vertheuert er den Prozeß.

Wird die Einwirkung beider Partheien zugelassen, die Sache also zu deren gegenseitigen Rechten verstellt; so müssen folgerecht über die Frage: ob die Sache berufungsfähig sey oder nicht? wiederum Instanzen beider Theile zugelassen werden, und dergleichen würde, wenn Privatgesetze solches nicht ausdrücklich gestatten, wiederum gegen die Polizei des Prozesses verstoßen. Es würde Rechtsmittel über die Befähigung zu den Rechtsmitteln geben, und dergleichen darf billig nicht geduldet werden.

§. 14.

Wenn wir übrigens, wie geschehen, die Beurtheilung über das Vorhandenseyn der Berufungssumme dem richterlichen Ermessen anheim stellen, hier also einen bloßen Akt des richterlichen Willens annehmen, so schließen wir damit nicht aus, daß namentlich die Parthei, welche sich mit der gewählten Instanz wegen mangelnder Summe zurückgewiesen sieht, da, wo ein Oberrichter Statt findet, von der einfachen Beschwerde (simplex querela) [1]) Gebrauch machen

1) Gönner a. a. O. Th. 3. S. 119. von Almendingen a. a. O. S. 38.

könne und zwar um so mehr, weil es sich bei diesem Gegenstande als Nebeneigenschaft immer um die Frage handelt: ob Justiz verwaltet werden soll oder nicht?

Der Richter der Vorinstanz, welcher, einerlei, ob mit oder ohne Anführung von Gründen, eine an ihn gerichtete Berufung, wegen fehlender Summe, unrichtiger oder irrthümlicher Weise zurückweiset, versagt indirekt Justiz, und daß es dagegen Remedur geben müsse, leuchtet ein.

Dabei dürfte sich dann aber wiederum von selbst verstehen, daß bei dieser Beschwerde gleichfalls die Thätigkeit des andern Theils nicht erfodert werden dürfe, weil sie nur gegen den Richter und dessen fehlerhafte Willensakte gerichtet ist, und weil anderer Gestalt wiederum gemeinschaftliche Partheirechte, also Instanzen und Rechtskraft, eintreten würden, welche die Querel dieser Art grade nicht im Gefolge haben soll.

§. 15.

Eine andere Frage ist: ob der Appellat besonders in den Fällen, wo der Richter ohne besondere Bescheinigung, also ohne besondere Verhandlung zwischen ihm und dem Appellanten die Berufungssumme als vorhanden annimmt, nicht die Einrede der Inkompetenz geltend machen könne?

Einige Prozeßordnungen lassen solches zu. So heißt es z. B. in dem Herzogl. Braunschweigschen Gesetze vom 15. Oktbr. 1832, die Einrichtung des Justizwesens betreffend, §. 19. Nro 5.

> Hat in den Fällen, wo der Werth des Streitgegenstandes zweifelhaft ist, ein Gericht eine Klage oder ein Rechtsmittel angenommen und die Gegenparthei die Einrede des inkompetenten Gerichts nicht gemacht, so können weder die Partheien späterhin die Kompetenz des Gerichts anfechten, noch kann dieses sich von Amts wegen für inkompetent erklären.

Wir finden darin eine Ausnahme von der Regel.

In sonstigen uns bekannten Prozeßordnungen fanden wir diese Gestattung nicht, und da, wo sich nicht etwa eine feste Praxis gebildet hat, würden wir dem Appellaten auch diese Befugniß versagen.

Zu leugnen ist nicht, daß die Gegenparthei allerdings ein Interesse dabei habe, ihre Ansprüche nicht durch Instanzen verzögert, vertheuert oder gar ein günstiges Erkenntniß in der Vorinstanz abgeändert zu sehen; allein dieses Interesse waltet bei allen präjudiziellen Schritten vor, welche der Richter dem Gegner nachläßt, besonders z. B. bei prätorischen Restitutionen; gleichwohl aber dürften wenige geschriebene oder Gewohnheitsgesetze hier das richterliche Ermessen von der Einwirkung des Gegners abhängig gemacht haben.

Der gute Grund, daß das Recht in der Materie nicht unter entschuldbaren Mängeln in der Form leiden dürfe [1]), war es, der dem Richter hier freie Hände ließ, und denselben Grund müssen wir auch hier ergreifen.

Offenbar sind die Obergerichte und die Berufungen an selbige dazu angeordnet, daß nicht bloß die amtlichen Fehler gezügelt, sondern auch das materielle Recht der Partheien sorgfältiger geprüft werde. Sind die an die Summe gebundenen Bedingungen sichtbar nicht vorhanden, dann ist der Richter und sein bester Wille einmal durch das Gesetz gelähmt; allein wenn die Waage einsteht, oder die Bescheinigungen einigermaßen ausreichend befunden werden, dann

---

1) Kaum zu billigen dürfte es seyn, wenn in einigen Landen, z. B. im Königreiche Hannover Hildesheimschen Theils, die Vorschrift der Hofgerichtsordnung de 1730. Tit. 5. §. 21 noch befolgt wird, wonach bei Versäumung der Nothfristen von Seiten der Anwälte zwar Restitution ertheilt wird, jedoch nur unter dem Bedinge, daß dem Gegner nicht etwa die veranlaßten, sondern alle in dem ganzen Prozesse aufgewandten Kosten erstattet werden müssen.

hindert ihn nichts, sein Amt einschreiten zu lassen, ja jener höhere Zweck muß ihn mahnen, es mit der Kompetenz nicht zu ängstlich zu nehmen. Besonders ist dies da der Fall, wo das Gesetz durch hohe Kompetenzsummen und abgeschnittene Instanzen den Prozeß ohnehin ungewöhnlich verkürzt hat [1]).

Allerdings ist da, wo solches geschehen, anzunehmen, daß der Gesetzgeber eine Abkürzung des Prozeßganges für das Ganze heilbringend erachtet habe, und der Richter darf sich nicht über das Gesetz stellen; allein hier handelt es sich um das Mehr oder Minder, und da auf der andern Seite der Schluß richtig ist, daß der Gesetzgeber, grade wenn er den Prozeß abkürzte, nicht eine noch größere Abkürzung auf Kosten des erhabenen Grundsatzes, daß das heilige Recht mit möglichster Sorgfalt erwogen werde [2]), gewollt habe; so muß der Richter, wie überall, so hier, besonders auch seiner Seits dahin wirken, daß jenes Kleinod nicht verloren gehe.

---

1) Im Herzogthume Braunschweig z. B. werden alle Sachen unter 100 Rthlr. durch 2 gleichlautende Erkenntnisse beendigt, mit der Wahl, ob derselbe Richter in der Supplikations- oder der Berufungsrichter in der zweiten Instanz sprechen soll. Nur für Sachen über 500 Rthlr. giebt es eine zweimalige Berufung, also drei Instanzen. Die Richtigkeitsquerel ist durch Sukkumbenzgelder verpönt und Fristen zu Verhandlungen werden überall nicht ertheilt.

2) Griesinger über Justizorganisationen der neuern Zeit (Tübingen 1820 S. 30.), den Mittermaier, Vergleichung des rc. bürgerlichen Prozesses 1. Beitrag S. 3. (2te Ausg.) anführt, sagt nicht mit Unrecht:

> Die Justizhöfe sollen keine Rennbahnen seyn, wo der Richter einziges Bestreben nur dahin geht, diese mit den Partheien so schnell als möglich zu durchlaufen. Die Gerechtigkeit soll nicht auf Kurrierpferden durchreiten und nur den an sich Theil nehmen lassen, der die flüchtige Gottheit zufällig bei den Flügeln faßt.

§. 16.

Was ist die Abberufung des Prozesses an eine höhere Instanz anders, als das Mittel, den edlen Zweck einer sichern und sorgsamen Prüfung zu verlangen? Wozu anders ist der Berufungsrichter da, als um diesen Zweck als Regel festzuhalten und die Berufungssumme nur als leidige Ausnahme zu betrachten.

Ist es im Geringsten zweifelhaft, ob die das bessere Recht suchende Parthei durch die Ausnahme gebunden, von der heiligen Schwelle der Themis verwiesen werden müsse, so lasse er sie zu. Fürchtet er auch den Vorwurf nicht, als ob Arbeitsscheue seine Schritte geleitet habe; so ist es immer löblicher, die Zweifel lieber zu Gunsten der obigen heilbringenden Regel zu lösen, als sich durch Grübeleien oder Skrupel, die am Ende doch nur Meinungen oder unsicheres Ermessen von seiner Seite zur Unterlage haben, zur Zurückweisung verleiten zu lassen.

Handelt es sich also z. B. von dem Ertrage eines Grundstücks oder dem Werthe einer jährlichen Leistung und der Appellant bringt von einem sonst unverdächtigen Wirthschaftskundigen das Gutachten über einen Ertrag oder Werthsumme bei, welche die Berufungssumme erreicht; so lasse sich der Richter durch den Skrupel, daß dieser Sachkundige die Sache unrichtig beurtheilt haben könne, daß nach gewöhnlicher Form, deren zwei oder drei, wovon der Gegner einen, und das Gericht vielleicht einen Dritten als Obmann zu wählen habe u. s. w., nicht verleiten, diese Erforschungsmittel anzuordnen, oder gar einen Unterrichter zu beauftragen, daß derselbe eine solche ordnungsmäßige Schätzung vorzunehmen habe. Er schweift durch solche Weiterungen in das Gebiet einer ordnungsmäßigen Beweisführung bei Partheirechten hinüber und vergißt, daß es hier nur der Leitung seines Ermessens bedarf, um sich we-

gen Nichtbeachtung eines polizeilichen Bedenkens zu recht-fertigen. Wie es denn auch häufig sehr schwer ist, sich gegen den Vorwurf zu rechtfertigen, daß der Parthei eine Masse Kosten vergeblich veranlaßt wurden über Dinge, die füglich mit mindern Kosten abgethan werden konnten und billiger Weise mußten.

VI.

Bemerkungen über die Nachweisung der Berufungssumme bei Gericht.

Von

Finde.

Wenn man aus dem Zwecke eines Instituts Folgerungen von praktischer Wichtigkeit, also bei Rechtsinstituten daraus Rechtsgrundsätze herleiten will, so ist es für die Brauchbarkeit dieser Verfahrungsweise unnachläßige Bedingung, daß man mit großer Vorsicht und historischer Treue nicht blos den ursprünglichen Zweck des Instituts zu ergründen, sondern dasselbe auch durch seine verschiedenen Entwicklungsperioden zu verfolgen sucht, um darüber klar zu werden, ob in der Gesetzgebung selbst, oder in den Ansichten, welche die Anwendung im Leben vermittelten, und mitunter die Authorität eines Gewohnheitsrechtes erlangten, die ursprüngliche Ansicht über Zweck und Grund des Instituts sich geändert hat, oder wenigstens bedeutend modifizirt ist. Auch darauf ist besonders zu achten, daß man nicht ähnliche, im Zwecke selbst gleiche Institute, verwechselt oder als ein und dasselbe betrachtet, und dadurch zu irrigen Folgerungen verleitet wird. Von solchen Ansichten ausgehend, halte ich es nicht für überflüssig die vorhergehende Abhandlung des Herrn Scholz über die Berufungssumme der praktischen

Wichtigkeit des Gegenstandes wegen, mit folgenden Bemerkungen zu begleiten.

Die Appellationsprivilegien und die Appellationssumme sind ihrem Ursprunge und ihrem Zwecke nach verschiedene Institute, die aber darin übereinstimmen, daß sie im Organismus der Gerichtsverfassung zur Zeit des deutschen Reichs die durch jene Institute berührten Prozesse der Cognition der höchsten Reichsgerichte entzogen; dieses aber nach Verschiedenheit der Fälle aus gänzlich verschiedenen Gründen.

Bekanntlich übten die Kaiser, zur Zeit als die Landeshoheit sich ausgebildet, noch concurrirende Gerichtsbarkeit mit den Reichsständen aus. Diese suchten sich dieser, ihnen unangenehmen Concurrenz dadurch zu entledigen, daß sie sich kaiserliche Privilegien verschafften, wornach ihre Hintersassen und Unterthanen in erster Instanz nicht mehr bei den kaiserlichen Gerichten sollten belangt werden dürfen (Evocationsprivilegien — privilegia de non evocando). Nach der goldenen Bulle (1356) war schon allgemein allen Kurfürsten das Recht zugestanden, daß von ihnen nicht an den Kaiser sollte appellirt werden können [1]). Als im Jahre 1495 der Kaiser Maximilian auf den dringenden Wunsch der Stände ein beständiges höchstes Reichsgericht neben dem bestehenden Kammergericht errichtete, wurde in der dafür erlassenen Reichskammergerichtsordnung §. 25. sogleich festgesetzt: „Daß die Unterthanen in ihren ordentlichen Gerichten Rechten und Obrigkeiten bleiben sollten, nach eines jeden Fürstenthums, Grafschaft, Herrschaft oder Obrigkeit löblichen Herkommen und Gebrauch. Dieselbe Bestimmung war in dem Reichsabsch. v. 1512 und in der Wahlkapitulation von Carl V. wiederholt worden. Hiernach war also reichsgesetzlich die Concurrenz der kaiserlichen Gerichtsbarkeit in

1) Aurea Bulla Caroli IV. Cap. XI. §. 3. seq.

erster Instanz aufgehoben, und es verloren dadurch die zu demselben Zwecke ehemals bewilligten kaiserl. Privilegien ihre Bedeutung. Nur rücksichtlich der Obergerichte blieb die Concurrenz, wenn nicht dagegen Evocationsprivilegien erwirkt waren [1]).

Nach der Errichtung des Reichskammergerichts (1495) ging man davon aus, daß die angegebene Bestimmung der goldenen Bulle auf dieses Gericht keine Anwendung finde, so daß aus den Kurfürstlichen Ländern nicht weniger als aus den andern deutschen Reichslanden an das K. u. R. Kammergericht appellirt wurde. Später versuchten jedoch zunächst wieder die Kurfürsten an die Stelle der reichsgerichtlichen dritten Instanz, landesherrliche oberste Gerichte zu stellen. So erhielt zuerst Sachsen (1559) ein kaiserliches Privilegium, wodurch die Appellationen an das Reichskammergericht aufgehoben wurden [2]), und bald folgten solche Privilegien für alle Kurfürsten und viele andere Reichsstände [3]). Die Appellationsprivilegien waren entweder auf bestimmte Gattungen von Sachen oder auf bestimmte Summen beschränkt, so daß in allen übrigen Fällen die Appellation an die Reichsgerichte bestehen blieb (beschränkte Appell. Priv.), oder es wurden damit alle Appellationen an die Reichsgerichte aufgehoben (unbeschränkte).

Alle diese Appellationsprivilegien hatten weder den Zweck, die Reichsgerichte rücksichtlich der Geschäftslast zu erleichtern, noch den die Instanzen zu vermindern, denn in

---

1) Doch kennt schon der Landfriede v. 1438. §. 22. (Neue Samml. d. R. A. I. S. 157.) solche landesherrl. Obergerichte, und nur, wo sie fehlen, Competenz der kaiserl. Behörde.

2) Günther das Privilegium de non appellando des Kur- und Fürstl. Hauses Sachsen. Dresden 1788. Günther der unbegränzte Umfang der sächs. Appellationsfreiheit. Dresden 1789.

3) Eichhorn deutsche St. u. R. G. IV. §. 550 Note k.

letzter Beziehung wurde immer dafür gesorgt, daß an die Stelle des Reichsgerichts ein entsprechendes landesherrliches Gericht trat; und in ersterer Hinsicht beabsichtigten diejenigen Reichsstände, welche die gedachten Privilegien zu erlangen strebten, nichts anders als eine ihnen unangenehmen Concurrenz der Reichsgerichte zu beseitigen, oder doch möglichst zu beschränken. Deßhalb bemühten sich auch diejenigen, welche nur beschränkte Appellationsprivilegien hatten, solche immer weniger beschränkt zu erwirken, und diejenigen insbesondere, welche nach Summen beschränkte Privilegien hatten, versuchten, nachdem für das Reichskammergericht eine Apellationssumme eingeführt, und diese von Zeit zu Zeit erhöht war, in demselben Verhältnisse ihre Privilegiumssumme zu erhöhen [1]).

Die Einrichtung, das Rechtsmittel der Appellation durch einen bestimmten Werth des Gegenstandes der Beschwerde zu bedingen, ist nur eine von den vielen Vorkehrungen, die man getroffen hat, um die Prozeßsucht zu zügeln, und den Obergerichten Zeit und Kräfte für wichtigere Prozeßsachen zu erhalten. Man hat von jeher überall die Erfahrung gemacht, daß die Rechtsmittel, welche den Zugang zu höhern Richtern vermitteln, häufig mißbraucht, und so die wohlthätigen Wirkungen, welche die Instanzeneinrichtung beabsichtigt, und bei gehörigem Gebrauche herbeiführen kann, vereitelt wurden. Um diesem Mißbrauche möglichst zu begegnen, hat man mancherlei Mittel angewendet, man ließ Cautionen leisten, Calumnieneide schwören, setzte Strafen auf frivoles Appelliren, und glaubte sich endlich gar genöthigt, Beschränkungen für die Zuläßigkeit des Rechtsmittels selbst eintreten zu lassen, d. h. in der Sprache der Volksweisheit ausgedrückt: das Kind mit

1) Mohl Vers. e. Systems d. Gerichtsbark. des k. R. G. S. Th. 2. S. 38. f.

dem Bade auszuschütten. Man versagte das Rechtsmittel bald wegen der Qualität gewisser Sachen, bald selbst wegen ihres quantitativen Werths, und diese letztere Beschränkungsweise nannte man die Appellationssumme. So klagt schon Justinian: evenit, ut super minimis causis maximi nostri iudices inquietentur; et homines propter minimas causas, magnis fatigentur dispendiis, ut forsitan totius litis aestimatio ad sumptus iudiciales non sufficeret [1]), und eben so spricht der deutsche Kaiser Maximilian II. „wie bei diesen unfriedsamen Zeiten, des muthwilligen unnöthigen Appellirens wegen, die rechtlichen Sachen an unserem Reichskammergericht sich nicht wenig häufen, auch vielmals mehr Unkosten, als sie werth seyn mögen, getrieben werden" [2]). War es bis zum J. 1600 auch Ansicht der Reichsgesetzgebung gewesen, die Appellationssumme nicht blos als ein Mittel, die höchsten Reichsgerichte gegen zu großen Geschäftsandrang zu schützen, sondern auch als Mittel die Partheien in der Prozeßlust bei Sachen, die den Werth der reichsgesetzlichen Appellationssumme nicht erreichten, zu zügeln; so blieb, seit dem Jahre 1600 doch der erste Gesichtspunkt der alleinige, aus dem die Reichsgesetzgebung den Gegenstand betrachtete.

Die reichsgerichtliche Appellationssumme war ursprünglich auf 50 Gulden bestimmt [3]). Erst im J. 1570 wurde sie auf 150 Gulden erhöht [4]); bei dieser Gelegenheit aber auch nachdrücklich eingeschärft, daß, damit die Unterthanen nicht rechtlos gelassen würden, ein jeder sein Unter- oder Hofgericht mit verständigen Urtheilern besetzt halten solle, auf daß daselbst den Partheien zu Recht und Billig-

1) Nov. 23. c. 3.

2) R. A. v. 1570. §. 66.

3) C. G. O. v. 1521. XXIV. §. 1. C. G. O. v. 1555. II. 28. §. 4.

4) R. A. v. 1570. §. 66.

keit verholfen werden könne[1]). Man suchte also durch Gediegenheit der Rechtssprechung den Verlust der höchsten Reichsinstanz möglichst zu ersetzen[2]). Als man aber im J. 1600 die Appellationssumme auf 300 Gulden erhöhte, ging man weiter. Man hob auf der einen Seite bestimmter hervor, daß das höchste Gericht nicht länger mit so vielen muthwilligen und frevelhaften Appellationen wider die Gebühr überhäuft werde, und zuletzt gar stecken bleibe; schärfte aber auch zugleich die bessere Besetzung der Unter-, Ober- und Hofgerichte, und Verbesserung der Gerichtsordnungen ein[3]), und verordnete: „Es soll aber den Unterthanen unbenommen seyn, sondern frey stehen, da sie unter benannter Summe von 300 Reichsgulden; davon nicht appellirt werden mag, sich beschwert zu seyn befinden, solche ihre Beschwerde und gravamina, per viam supplicationis, an ihre ordentliche Obrigkeiten und Herrschaften in gebührender Zeit Rechtens anzubringen; welche auch schuldig seyn sollen, dieselbe anzunehmen, und per modum revisionis ex iisdem actis, (es hätten dann die Partheien etwas Neues vorzubringen, darüber sie gehört werden müßten, in dem ihnen noch zwei Sätze, oder zwei Schriften, weiter zu gestatten wären) endlich zu entscheiden, oder aber, nach Gelegenheit einer jeden Sache, und da es von einer oder der andern Parthei begehrt wird, und erhebliche Ursachen vorhanden wären, auf einer Universität, oder aber 2 oder 3 Rechts-

1) R. A. v. 1570. §. 66.

2) Gleichwohl darf man nicht voraussetzen, daß dem Reichsgesetzgeber auch der Gedanke vorgeschwebt habe, daß in allen Sachen geringern Werths jedenfalls eine höhere Instanz in den Reichslanden eintrete, denn es gab ja längstens, und sogar eher noch, als die Reichsgesetzgebung eine Appellationssumme für die höchsten Reichsgerichte kannte, Appellationssummen in den Territorien. Linde Handb. üb. die Rechtsmittel. §. 81 S. 295.

3) D. A. v. 1600. §. 15.

gelehrten ad revidendum zu überschicken"[1]). Die Anordnung wurde sodann im J. 1654, als die Appellationssumme auf 600 Gulden erhöht worden ist, wiederholt[2]).

Man sieht hieraus, daß wenigstens seit dem J. 1600 in der Appellationssumme nicht eigentlich eine Instanzenbeschränkung, sondern blos eine Competenzbeschränkung für die höchsten Reichsgerichte erkannt wurde, so daß rücksichtlich der Zuständigkeit und Geschäftserleichterung für dieselben die Appellationsprivilegien und die Appellationssumme gleiche Wirkung äußerten, während Grund und Zweck der Einführung beider Einrichtungen ganz verschieden war. Es ist deshalb nicht genau ausgedrückt, wenn Eichhorn sagt, daß seit dem J. R. A. 400 Gulden (soll heißen 400 Thlr. = 600 Gulden) nur die gesetzliche Summe gewesen sey, die für einzelne Länder durch besondere kaiserl. Privilegien häufig höher gesetzt worden[3]).

Aus dem Dargestellten geht nun hervor, daß nach den neusten Grundsätzen über die reichsgerichtliche Appellationssumme deren Nichtvorhandenseyn nur die Appellation an die höchsten Reichsgerichte, nicht aber ein anderes suspensives Rechtsmittel bei den landesherrlichen Gerichten ausschloß, vielmehr war ein solches den Partheien ausdrücklich vorbehalten. Dieses Rechtsmittel war die Revision. In Ländern, wofür Appellationsprivilegien gegeben waren, mußte dasselbe rücksichtlich dieser Privilegiensummen gelten[4]). Die Ausbildung dieses Rechtsmittels der Revision konnte aber, wofern nur den Partheien diejenige Rechtshülfe gewährt wurde, welche reichsgesetzlich vorbehalten war, verschieden seyn, und war verschieden, je nachdem in den einzelnen Länder Oberappellationsgerichte bestanden oder nicht.

1) D. A. v. 1600 §. 16.
2) J. R. A. §. 112. 113.
3) Eichhorn deutsche St. u. R. G. IV. §. 550 Note h.
4) Jäger Rechtsmittel d. Revision Stuttg. 1788. §. 18. S. 38.

Durch die Partikulargesetze sind Appellationssummen aus demselben Grunde wie bei den ehemaligen Reichsgerichten eingeführt, ja das Institut ist sogar partikularrechtlichen Ursprungs. Was aber die Wirkung des Mangels der Appellationssumme anbelangt, so ersieht man aus älteren Prozeßgesetzen freilich, daß ein strenger Grundsatz nicht immer durchgeführt wurde. So wurde z. B. in einem landgräfl. Hessen-Darmstädtischen Prozeßgesetze von 1628 angeordnet, und diese Bestimmung ging in die P. O. v. 1724 über, daß wenn die Appellationssumme nicht vorhanden sey, nicht einmal um Bericht geschrieben, sondern der anmaßliche Appellant oder Querulant schlechterdings abgewiesen, und demselben noch über das, wenn zumal, daß er aus offenbarer Bosheit provocirt hätte, sich hervor thun sollte, mit proportionirlicher Geld- oder Gefängnißstrafe, angesehen werden; könnte derselbe aber die Ungerechtig- Unbillig- oder Nichtigkeit der wider ihn ergangenen Sententiae in continenti dociren, ... solchen falls wäre er billig zu hören, so fort an den iudicem inferiorem um fordersame Erstattung eines Berichts und Einsendung der Akten zu schreiben; zugleich aber auch ein kurzer Termin zur gütlichen Verhör anzusetzen, und in termino die Güte angelegentlich zu versuchen; wofern jedoch diese kein Statt finden sollte, als dann, wo es ohne Nullität möglich ist, in der Sach definitiv zu sprechen, oder wie unten weiter folget, zu verfahren [1]).

Derartige Bestimmungen ihrer Zeit ausdrücklich auf Unzuverläßigkeit der Gerichte gebaut, sind aber längst nicht mehr in Uebung, und sowohl in den meisten Partikulargesetzen, als auch in Doctrin und Praxis, steht die Ansicht fest, daß beim Mangel der gesetzlichen Appellationssumme, die Appellation, so wie jedes andere, durch einen bestimm-

1) P. O. v. 1724. II. 8. §. 2.

ten Werth bedingte Rechtsmittel unzulässig sey [1]), woraus denn begreiflich Unabänderlichkeit des Urtheils mit Hülfe des ordentlichen Rechtsmittels, also Rechtskraft folgt [2]). So bald sich aber an den Mangel des Daseyns der Appellationssumme solche Folgen knüpfen, leuchtet auch ein, daß der Appellat nicht blos das höchste Interesse dabei hat, daß nun, trotz jenes Mangels nicht dennoch das Rechtsmittel zugelassen werde, sondern daß ihm auch gestättet werden muß, in allen Fällen, wo über das Daseyn der Appellationssumme verschiedene Behauptungen vorliegen, mit seinen Einwendungen gehört zu werden, und daß hierüber, nach Beschaffenheit des Falles, zureichend verhandelt und entschieden werden muß.

Man kann zugeben, daß der Zweck der Einführung der Appellationssumme ein polizeilich finanzieller war, und daraus alle die Verpflichtuugen für den Richter und den Appellanten herleiten, die Herr Scholz daraus gefolgert hat; aber daraus folgt nicht auch, daß nicht nach Lage der Sache zur Herstellung juristischer Gewißheit über diesen Punkt, der Appellat das Anführen und die Beweismittel des Appellanten bestreiten, Gegenbeweis führen dürfe, kurz daß nicht unter Mitwirkung beider Partheien ein Verfahren Statt finden müsse, wodurch vollständige juristische Gewißheit über das Daseyn der erforderlichen Appellationssumme erbracht wird.

Es steht allerdings richtig, daß diesem Gegenstande bis jetzt keine ausführliche Betrachtung gewidmet, er selbst in den Prozeßcompendien meistens nicht berührt ist. Doch findet sich in meinem Lehrb. des Civilproz. Aufl. 4. §. 403 schon

1) Mehlen Appellat. §. 50. Martin Lehrb. §. 277. Claproth Einl. in d. bürgerl. Proz. II. §. 358. Kori sächs. Prov. §. 159.

2) J. R. A. §. 125.

bemerkt: daß die nothwendige Schätzung des Streitgegenstandes nichts Eigenthümliches habe, und daß die Gewißheit des Daseyns der Appellationssumme nöthigenfalls durch einen Eid des Appellanten hergestellt werden könne. Beide Sätze schienen mir von jeher in der Natur der Sache zu liegen, und der letztere insbesondere ist durch die Reichsgesetze positiv ausgesprochen, denn darin heißt es: „Und so ein Zweifel zwischen den Partheien einfiel, daß die Sache, derhalben die Rechtfertigung gewesen, 50 oder unter 50 Gulden werth seyn soll, so denn der Richter erster Instanz oder das Kammergericht, deshalb kein gründlich Wissen hätte, oder daran zweifeln würde, soll dem Appellanten aufgelegt werden, bei dem Eid, so er darum vor dem Richter erster Instanz, oder vor dem Kammergericht vor allen Dingen erstatten soll, zu behalten, daß er viel lieber 50 Gulden von dem Seinen verlieren, oder so viel nicht gewinnen, dann daß er sich der Haupt- und Appellations-Sach begeben wollte"[1]). Daraus ergiebt sich, daß es schon Grundsatz der Reichsgesetze war, daß beide Partheien über die Frage, ob die Summe vorhanden sey, gehört werden mußten, und daß, wenn das Gericht kein gründliches Wissen darüber hatte, Beweis geführt, der Eid geleistet werden sollte. Auch war es reichsgesetzlicher Grundsatz, wenn irgend Zweifel über die summa appellabilis vorhanden war, die Inhibitation nicht zu erkennen[2]). Mochte hierbei auch mehr an die Privilegiensumme gedacht seyn, so behandelten die Reichsgesetze doch auch den andern Fall nach gleichem Grundsatze. Daß unser Gegenstand in den juristischen Schriften meistens kaum berührt ist, davon liegt der Grund darin, daß man die ganze Lehre der Ap-

---

1) C. G. v. 1521. Tit. 24 §. 2. v. 1523. Tit. 1. §. 6. v. 1555. II. 28. §. 4.

2) J. R. A. §. 123.

pellationssumme in den besten Compendien gar nicht oder kaum berührt findet [1]). Dagegen ist in den Schriften, welche den Gegenstand näher behandeln, und auf unsere Frage gerathen, diese in der von uns vertheidigten Ansicht, gelößt. So sagt Hoffmann in der hierher gehörigen Schrift [2]): wann der Appellat hinlängliche Ursache zu haben glaube, gegen die Formalien der Appellation, wohin denn auch vorzüglich die Appellationssumme gehöre, Einwendungen machen zu können, so müsse er solche gleich nach der Gesichtserzählung vorbringen. Allein wenn er dieses auch unterlassen habe, so könne aus diesem Stillschweigen keine Gerichtsbarkeit begründet werden, die Einwendung aber auch jederzeit nachgebracht werden. Bestimmter noch habe ich diese Ansicht an einem andern Orte schon ausgesprochen [3]). Eine nähere Begründung und ins Einzelne gehende Entwicklung schien mir nicht nothwendig, weil die Grundsätze über die Nachweisung des Vorhandenseyns der Formalitäten des Rechtsmittels, auch von dem Vorhandenseyn der Berufungssumme gelten müssen [4]), und von einem solchen Gesichtspunkte ausgegangen, die Anwendung sich leicht und einfach zu machen schien. Nachdem aber der Gegenstand nun einmal speziell zur Sprache gebracht, und in einer Weise behandelt ist, die mir nicht die richtige zu seyn scheint, dürfte es nicht überflüssig seyn, hier noch einige Bemerkungen darüber folgen zu lassen.

Die gemeinrechtlich [5]) bestehende, und auch in neuere

---

1) S. z B. v. Grolman Theorie des gerichtl. Verf. §. 213. Note 2.

2) Hoffmann Abh. üb. d. Appellationssumme. Tübing 1783. S. 161. f. S. auch Stepf vom Contradictor. §. 147.

3) Mein Handb. üb. d. Rechtsmittel I. §. 96. S. 357.

4) Martin Civilproz. §. 288.

5) Gönner Handb. des Proz. III. 62. §. 7. 8. S. 369. f.

Partikulargesetze[1]) übergegangene Einrichtung, wornach der Unterrichter, bei dem die Appellation interponirt wird, diese wegen mangelnder Appellationssumme abschlagen darf, beruht auf der Annahme, daß in vielen Fällen dieser Mangel klar aus den Akten hervorgeht. Man hat die Zweckmäßigkeit dieser Einrichtung aus dem Gesichtspunkte der praktischen Tauglichkeit betrachtet, hauptsächlich deshalb bestritten[2]), weil sich gewöhnlich über das Dasein der Appellationssumme bedeutende Streitigkeiten denken lassen. Aus diesem Grunde ist die Einrichtung auch in viele neuere Gesetze[3]) nicht übergegangen. Die Voraussetzung ist richtig, und es bedarf nur eines Blicks auf die controverse Lehre von Berechnung der Appellationssumme, um sich zu überzeugen, wie schwierig oft die Lösung der Frage von dem Daseyn der Summe ist. Wenn nun aus dieser controversen Lage der Lehre auch, noch lange nicht folgt, dem Unterrichter das Recht, wegen mangelnder Appellationssumme die Appellation zu verwerfen, zu entziehen — denn in gar vielen Fällen liegt der Mangel klar vor — so sieht man doch, daß es auch die Ansicht der neuern Prozeßnalisten und selbst der Gesetzgeber ist, daß es sich hier oft auch um sehr streitige Fragen, also um solche handelt, die eine Verhandlung unter den Partheien voraussetzen. Daß bei der Einführung und Rechtfertigung der Appellation die Formalien, und hierbei besonders die appellationsfähige Größe des Gegenstandes nachzuweisen sey,

1) Bremer G. O. §. 509 u. 490. Nassau Gesetz v. 23. April 1822. §. 104. Hannov. U. G. O. §. 148. (Spangenberg Comment. dazu. II. S. 202 a. E.) Mecklenburg. O. A. G. O. §. 44. Preuß. A. G. O. I. 14. §. 3 u. 4b. Würtemberg. Edict v. J. 1818. §. 156. Weimar. O. A. G. O. §. 60.

2) Mittermaier d. gem. d. bürgerl. Proz. Beitr. 3. Aufl. 2. S. 68.

3) Ueber die baierische Novelle v. 1819. s. Gönner Comment. S. 573 Anhaltische Erläut. zur Proz. Ord. v. J. 1822. Zu Tit. XVI. §. 1.

ist allgemeine Regel [1]). Daß der Oberrichter ohne den Appellaten zu hören, ein Abschlagsdekret erlassen darf, ist nichts Auffallendes, denn der Appellant hatte Gelegenheit die Formalien zu rechtfertigen; was er für die Ansicht, daß Appellationssumme da sey, anzuführen hatte, konnte er sagen, und wird es angeführt haben. Dem Appellaten aber kann blos dadurch, daß der Oberrichter sofort wegen Mangels der Appellationssumme das Rechtsmittel für unzulässig erklärt, keine Rechtskränkung zugefügt werden. Werden Appellationsprozesse erkannt, dann wird auch dem Appellaten regelmäßig Gelegenheit gegeben, sich über die Rechtfertigung äußern zu können. Dieses Verfahren schreibt der J. R. A. §. 70 ausdrücklich vor, und ist im deutschen Prozesse allgemein [2]); und es ist durch das Reichsgesetz wie durch die Praxis anerkannt, daß der Appellat in seiner Vernehmlassung auch forideclinatorische Einreden vorbringen darf, zu welchem in der Appellationsinstanz vorzugsweise diejenigen zu zählen sind, welche gegen die Begründung der Gerichtsbarkeit des Oberrichters aus dem Mangel der Fatalien und Formalien, den Qualitäten und Quantitäten der Sache hergenommen sind. Sobald aber das Gesetz und die Praxis dem Appellaten solche Einwendungen vorbringen zu dürfen, ausdrücklich vorbehalten haben, muß es ihm nothwendig auch, nöthigenfalls nachgelassen werden, sie zu beweisen. Denn unbewiesene, und nicht sonst als wahr oder unwahr vorliegende Anführungen haben juristisch keinen Werth, können deshalb vom Richter nicht berücksichtigt werden; aber eben deshalb muß, wenn die Vorschrift, daß Appellat solche Einwendungen vorzubringen berechtigt ist, keine bedeutungslose Form seyn soll, ihm auch gestattet seyn,

---

1) Martin Civilproz. §. 288.

2) Gönner Handb. III. 60. §. 26. S. 290. Martin Civilproz. § 290 v. Grolman Theorie §. 211.

sie, wenn an ihrer Wahrheit gezweifelt wird, zu beweisen. Zwar wird es in vielen Fällen, wenn die Partheien über die Thatsache, ob Appellationssumme vorhanden sey, sich nicht vereinigen können, nicht erforderlich seyn, daß ein förmliches Beweisverfahren darüber eingeleitet wird; denn häufig wird das Material zur Lösung dieser Frage so vorbereitet in den Akten liegen, daß der Richter eine vollkommene juristische Ueberzeugung daraus sich zu bilden im Stande ist; oft werden Bescheinigungen, die der eine oder andere Theil beibringt, für sich allein zureichende Aufklärung geben, oder doch in Verbindung mit den frühern Verhandlungen oder Berichtserstattungen des Judex a quo, den Gegenstand erschöpfen; aber sehr häufig ist das alles nicht der Fall. Oft wirft sich die Frage nach dem Geldwerth des Gegenstandes des Streits oder der Beschwerde erst bei der Frage nach der Appellationssumme auf; eben weil die Reduktion des Streitgegenstandes auf einen bestimmten Geldwerth gar keinen andern Zweck hat, als die Frage, ob die Appellationssumme vorhanden sey, ins Klare zu stellen, zumal da häufig bei der Berechnung der Appellationssumme eine Art von Affektionswerth mit in Anschlag kommen kann, während er bei der Verurtheilung nicht in Betracht gezogen werden dürfte [1]), und oft werden erst in der Appellationsinstanz zuläßige factische Verhältnisse, die auf den Werth des Gegenstandes des Streits Bezug haben, vorgebracht und widersprochen, über deren juristische Gewißheit noch gar nichts vorliegt. In solchen Fällen ist eine förmliche Beweisführung unbedingt nothwendig; und der Richter, der sie umgehen wollte, würde doppelt nichtig handeln, wenn er etwa auf einseitiges Vorbringen das Daseyn der Appellationssumme annehmen und gar reformatorisch erkennen wollte,

1) Ulrich de Cramer Obs. iur II. 481. Linde Handb. üb. die Rechtsm. I §. 94.

wo es in der That an der Appellationssumme fehlte, denn er würde hier ja ungehört nicht nur den Appellaten verurtheilen, sondern auch in einer Sache urtheilen, in der er nicht zuständig wäre, und weil beim Mangel der Appellationssumme die Sententia a qua rechtskräftig wäre, hätte er contra rem iudicatam gesprochen [1]). Es haben ja die aus dem Mangel der Formalitäten oder aus der Nichtdevolution abzuleitenden foridecIinatorischen Einwendungen sogar die Eigenthümlichkeit, daß der Richter verpflichtet ist, sie selbst dann amtlich zu berücksichtigen, wenn die Partheien sie auch mit Stillschweigen übergehen, so daß der Appellationsrichter daraus, daß die Partheien die aus dem Mangel der Fatalien, der Qualität oder Quantität der Sache abzuleitenden Einreden der Desertion oder Nichtdevolution, entgegen zu setzen, unterlassen haben, keineswegs eine stillschweigende Prorogation folgern darf; eben weil hier gar keine Prorogation zulässig ist [2]). Daraus ergiebt sich auch, welchen Werth die Behauptung hat, daß ja der Appellat auch durch das Einräumen der Berufungssumme den Richter nicht bestimmen könne, sich für competent zu erklären, und daß darum der Appellat auch mit seinem Widerspruche nicht zu hören sey [3]).

---

1) v. Grolmann Theorie §. 211. Absatz 2. vergl. mit §. 218. Note b

2) Mit diesem tief in der Natur des Verhältnisses liegenden Grundsatze steht der in dem herzogl. Braunschweig. Gesetze v. 15. Oktob. 1832 §. 19. N. 5. betr. die Einrichtung des Justizwesens (abgedruckt oben S. 180) nicht im Widerspruche, insofern von einem Falle die Rede ist, wo der Werth des Streitgegenstandes zweifelhaft ist, und die Partheien sich beruhigt haben. Wenn also die Partheien die Einrede des incompetenten Gerichts vorschützen, müssen sie gehört werden, und wenn die Sache nicht zweifelhaft ist, muß der Richter amtlich seine Incompetenz aussprechen.

3) Uebrigens ist der Schluß an sich nicht richtig, und man braucht nur daran zu erinnern, daß der Geistliche auch nicht durch Einräumen

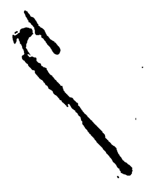
Die Ansichten, daß die Verhandlungen über die Appellationssumme nur zwischen dem Oberrichter und Appellanten zu pflegen seyn, daß das Resultat derselben nur einen Zweck für die Prozeßleitung habe, daß niemals förmliche Beweisführung, sondern nur Bescheinigung oder Demonstration zulässig sey, daß aus einer entgegengesetzten Maxime folge, daß der Oberrichter sich eines Theils seiner Befugnisse begebe, den Prozeß verzögere und vertheure, u. dergl. m., scheinen nach dem Dargestellten in den gemeinrechtlichen Bestimmungen überall keinen Anklang zu finden, und wenn man bei der Annahme solcher Grundsätze sich doch wieder genöthigt sieht, dem dadurch von der Verhandlung ausgeschlossenen Appellaten den Weg zur simplen Querel an den Oberrichter zu eröffnen, so ist diese Rechtshülfe nicht ausreichend, wenn es sich um eine Sache in der höchsten Instanz handelt, weil es da für jene Querel keinen Richter giebt; sie führt aber noch eher zur Verzögerung und Vertheurung, als die von uns als gemeinrechtlich gültig behauptete Einrichtung, so daß die jenseitigen Ansichten sich schwerlich auch für eine neue Gesetzgebung empfehlen dürften.

Damit, daß man im Zweifel die Appellation zulassen soll, dürfte man sich einverstanden erklären müssen, trotz dessen, daß der J. R. A. §. 125. zur entgegengesetzten Bestimmung zu führen scheint. Denn die Zugänglichkeit des Oberrichters bildet doch immer die Regel; und der Fall für die Ausnahme muß deshalb nicht blos wahrscheinlich, er muß ausgemacht gewiß vorliegen, und das ist er nicht, wenn noch Zweifel über das Vorhandenseyn des Ausnahmsfalls nicht beseitigt sind. Es scheint aber auch, daß solche

---

seinen befreiten persönlichen Gerichtsstand aufgeben kann, darum aber doch die Einrede der Unzuständigkeit entgegensetzen darf. Cap. 12. X. de foro competenti. 2, 2. Auth. Fridr. Statuimus Cod. 1, 3.

zweifelhafte Fälle entfernt werden können, zumal wenn man erwägt, daß juristische Gewißheit keine absolute ist, und Bedenklichkeiten und Verschiedenheit der Ansicht nicht auch eine Sache im Rechtssinne zweifelhaft lassen. Das Reichsgesetz selbst zeigt darauf hin, wie durch Berichtseinforderung man Zweifel soll zu beseitigen suchen. Alle Anleitungen, welche die Gesetze dafür, wie in dubio entschieden oder gehandelt werden solle, geben, sind Irrlichter, Ruhepolster für die Trägheit, Schilde für die Befangenheit und Privilegien für die Partheilichkeit oder unbefugte Gnadenbezeugungen auf Kosten eines Dritten.



VII.

Von der Unabänderlichkeit der dem Mitkontrahenten überlassenen Preisbestimmung.

Ein Beitrag zur Lehre vom arbitrium bei Rechtsgeschäften.

Von

dem Herrn Regierungsrath G. Thon in Weimar.

In dem täglichen Verkehr kommt es ungemein häufig vor, daß Sachen oder Dienste mannigfachster Art unter der, ausdrücklichen oder auch nur stillschweigenden, gegenseitigen Voraussetzung künftiger Bezahlung geleistet werden, ohne daß über den Preis irgend Etwas im Voraus bestimmt wird. Fast nur ausnahmsweise geschieht es, daß den Bestellungen bei Künstlern und Handwerkern die Frage nach dem Preis hinzugefügt wird; nicht selten werden ohne dieselbe Waaren bei Kaufleuten ausgenommen: und so bietet das Leben eine Menge von Geschäften dar, bei welchen, ohne daß Unentgeltlichkeit beabsichtigt wäre, doch über die Bezahlung nichts im Voraus bestimmt wird.

Die Dürftigkeit der Quellen des römischen Rechts über diese Form des Verkehrs läßt vermuthen, daß dieselbe bei den Römern, welche auch sonst, dem Mitkontrahenten

zu trauen wenig geneigt waren [1]), weit seltener vorkam; wie denn bekanntlich noch heutiges Tages in Italien mit Gastwirthen und Anderen auf das Genaueste akkordirt wird, deren Billigkeit sich anzuvertrauen, man in Deutschland gewohnt ist.

Obgleich hier Niemand bezweifelt, daß solche Geschäfte ein vollkommenes Recht auf Bezahlung begründen, so geben doch die spärlichen Andeutungen in den Quellen über derartige Rechtsgeschäfte manchen Zweifeln über ihre wahre Natur und über ihre Wirkung in den verschiedenen dabei vorkommenden Beziehungen Raum, deren noch wenig versuchte Lösung für die Praxis nicht unwichtig seyn würde.

Die folgenden Bemerkungen haben nur Eine der hierbei vorkommenden Fragen zum Gegenstand und gehen daher auf eine Erörterung der Natur des Rechtsverhältnisses im Allgemeinen nur so weit ein, als dieses zur Beantwortung jener einzelnen Frage nothwendig schien, deren der Einsender nirgends besonders erwähnt gefunden, obgleich sie, wenn auch ihrem Gegenstand nach gewöhnlich minder erheblich, doch von eigenthümlichen Erwägungen abhängt.

Es ist nämlich eine nicht eben seltene Erscheinung bei Geschäften dieser Art, daß derjenige, welcher Bezahlung zu erwarten hat, nachdem er die Größe seiner Foderung, etwa durch Zustellung einer Rechnung, gegen den Schuldner ausgesprochen, dieselbe später, wenn er nicht befriedigt wird und deßhalb zur gerichtlichen Verfolgung seines Anspruchs schreitet, mehr oder weniger steigert; während der Beklagte behauptet, daß der Kläger an seine eigene frühere Erklärung gebunden sey.

Zwar unterliegt es keinem Zweifel, daß bei Eingehung von Verträgen die Foderung oder das Gebot des einen

---

1) Vergl. z. B. Heermart im Archiv für civ. Prax. Band 18. S. 408 folg.

Theils auch für diesen nur erst durch die, stillschweigend oder ausdrücklich, erklärte Zustimmung des andern Theils verbindlich wird [1]), und daß daher der Fodernde oder Bietende bis dahin an seine Foderung oder an sein Gebot so wenig gebunden, als der Andere, jene zu verwilligen oder dieses anzunehmen, gehalten ist, daß er vielmehr jene nach Willkühr erhöhen, dieses aber mindern, oder auch von Beidem ganz zurücktreten kann; und ebenso ist es nicht zweifelhaft, daß im Fall eine vertragsmäßige Leistung durch den Vertrag selbst oder unmittelbar durch Gesetz fest bestimmt und einseitiger Willkühr der Kontrahenten entzogen ist, eine Ermäßigung derselben durch den Foderungsberechtigten nur als ein angebotener Nachlaßvertrag betrachtet, mithin auch nur unter Voraussetzung der Annahme desselben von der andern Seite — in dem Sinne wenigstens, in welchem es deren bei jeder Freigebigkeit bedarf [2]) — als verbindlich angesehen werden kann.

Allein anders verhält es sich in dem Fall, wenn ein Vertrag bereits verbindlich abgeschlossen und nicht mehr die Frage: „ob überhaupt“, sondern nur: „wieviel“ geleistet werden muß, zu entscheiden ist; also in dem Fall, wenn Etwas auf Verlangen und unter der gegenseitigen Voraussetzung der Bezahlung geleistet, über deren Betrag aber nichts im Voraus bestimmt worden, auch eine feste Taxe dafür nicht vorhanden ist [3]).

Hier kann es nicht mehr auf freie gegenseitige Uebereinkunft der Kontrahenten über die Größe der Gegenleistung ankommen, da diese nicht erzwungen werden kann,

1) Glück Erläuterung der Pandekt. Th. 4. S. 50. — Thibaut System des Pandektenrechts 8. Ausg. §. 446. — v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts B. III. §. 74.

2) von Meyerfeld die Lehre von den Schenkungen §. 6. 13. u. 15.

3) s. Glück a. a. O. Th. 4. S. 190. Th. 16. S. 71.

dennoch aber eine Klage auf die Gegenleistung aus einem solchergestalt unvollkommenen Vertrag auch im römischen Recht ausdrücklich anerkannt wird [1]):

---

1) Zwar scheint dem zu widersprechen, wenn in c. 17. C. mandati (DIOCLET. et MAXIMIN.) gesagt wird: Salarium incertae pollicitationis peti non potest. Allein wenn man auch Bedenken tragen mag, dieses Kaiserliche Reskript aus dem Responsum Papinians in l. 56. §. 3. D. mandati: Salarium incertae pollicitationis neque extra ordinem recte petitur, neque judicio mandati, ut salarium tibi constituat, zu ergänzen und Gewicht darauf zu legen, daß hier blos die extraordinaria cognitio — cf. t. D. de extr. cognit. l. 7. D. mandat. c 1. C. mandat. Zimmern Geschichte des röm. Privatrechts 3r. Bd. §. 75. 88. — und die mandati actio versagt wird, nicht, wie Glück a. a. O. Th. 15. S. 288 ohne Grund angenommen, die actio praescriptis verbis, welche wohl incerta actio genannt wird: c. 22. C. de donat. vergl. Bd. 8. S. 49. Note 6. dieser Zeitschrift — nicht aber als extraordinarium judicium vorkommt: Zimmern a. a. O. §. 55; so reden doch überhaupt beide Stellen wohl nur von dem Fall, da einem Mandator weder ein bestimmtes Honorar, noch vollständige Vergütung seiner Thätigkeit versprochen, sondern nur eine willkührliche Remuneration, namentlich in Form einer aversionellen jährlichen Leistung — cfr. BRISSONIUS de verb. sign. s. v. salarium — in Aussicht gestellt war, — denn auch der Ausdruck: pollicitatio, welcher in beiden Stellen vorkommt, ist wohl nicht absichtslos gebraucht: l. 3. pr. D. de pollicitat. —; wo denn, nach der Regel von der Unentgeltlichkeit des Mandates — §. 13. J. de mandat. l. 1. §. 4. l. 36. pr. D. mandat. — und nach dem unten, S. 211 Note 3. Nro 4., anzuführenden Grundsatz, freilich keine Klage stattfände, wenn nicht etwa ein solches Verhältniß vorläge, bei welchem auch ganz ohne besonderes Versprechen angemessene Vergütung der Mühwaltung gefodert werden kann: BRUNNEM. ad Cod. ad c. XVII. mandati. — HOMMEL Rhaps. obs. 67. 160. — Marezoll in dieser Zeitschrift Bd. 1. S. 32. von Meyerfeld a. a. O. §. 14. N. 13. 14.

Wo es sich daher nicht von einer außerordentlichen Belohnung für die an sich unentgeltliche Besorgung eines Auftrags handelt, sondern vollständige Bezahlung einer Leistung vorausgesetzt ist, da werden nicht diese, sondern die im Text angeführten Stellen Anwendung finden: LAUTERBACH colleg. th. pr. Pand. l. XVII. t. 1. §. 16.

Gaius lib. X. ad Edict. provinc. [1]) — Si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim, si quidem gratis te hanc operam suscipiente, mandati est obligatio [2]): Si vero mercede data, aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur. Quod si neque gratis hanc operam susceperis, neque protinus aut data, aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit: placet, quasi de novo negotio, in factum dandum esse judicium, id est, praescriptis verbis.

Justinian. Institut. l. III. tit. XXV [3]): Si fulloni polienda, curandave, aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus, quantum inter eos convenerit: non proprie locatio conductio contrahi intelligitur, sed eo nomine actio praescriptis verbis datur [4]).

Ueber die Verhältnisse, unter welchen theils diese Voraussetzung auch ohne ausdrückliche Erklärung anzunehmen ist, mithin auch ohne diese durch die actio praescriptis verbis Bezahlung (merces) gefodert werden kann, theils extraordinaria cognitio auf Bestimmung einer nicht versprochenen Remuneration (honor, oder auch nutricium, proxeneticum) stattfindet, vergleiche man noch: l. 26. §. 8. D. mandat. l. 1. 4. D. de extr. cognit. l. 1. 3. D. de proxenet. — von Wening-Ingenheim a. a. O. III. §. 227. — Schweppe römisches Privatrecht 4. Ausg. v. Meier Bd. 3. §. 613. — von Langenn und Kori Erörter. prakt. Rechtsfragen 2. Aufl. Th. 1. Nro I. S. 11. 12. — von Meyerfeld a. a. O. §. 6. N. 14. §. 14. N. 13. 14. — Kritz das Pandektenrecht 1. Th. 1. Bd. p. 35.

1) l. 22. D. de praescr. verb. et in fact. action.

2) §. 13. J. de mandat. — Si fulloni polienda curandave quis dederit vestimenta, aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede *constituta*, neque *promissa:* mandati competit actio.

3) §. 1. J. de locat. et conduct. cfr. Gai. Instit. III. §. 143.

4) Inwieweit auch in anderen Fällen der Geschäftsform: „facio ut

Es können daher die Sätze: „postea tantum daturus, quantum inter eos convenerit“ und: „ut postea tantum daretur, quantum inter nos statutum sit“ nicht von einer nachfolgenden, der willkührlichen Entschließung beider Theile anheimgestellten Vereinbarung der Kontrahenten über den Preis, sondern nur von einer nachträglichen Bestimmung desselben auf dem durch den Vertrag bereits stillschweigend oder ausdrücklich festgesetzten Weg verstanden werden.

Dieser Weg kann nun hauptsächlich ein doppelter seyn; nämlich entweder:

Berufung auf den Ausspruch eines Dritten, vermöge im Voraus erklärter Unterwerfung unter dessen arbitrium [1]);

oder aber — was freilich dem Begriff des Kaufs oder der Miethe nach römischem Recht zu widersprechen scheint [2]), aber doch in der Eigenschaft eines ungenann-

---

des“ die *civilis* in factum actio i. e. praescriptis verbis, oder nur eine prätorische de dolo oder in factum actio stattfinde, war nicht unbestritten: l. 7. §. 2. D. de pact. l. 1. §. 9. depos. l. 5. 15. D. de praescr. verb. c. 6. C. 7. de transact. c. 4. C. de dolo vergl. Glück a. a. O. Th. 18. §. 1069 S. 82 f. §. 1075 S. 156.

Indessen hat diese Frage ihre praktische Bedeutung verloren, nachdem jedes erlaubte pactum eine Klage auf Erfüllung begründet: s. Eichhorn Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 92. — Maurenbrecher Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Rechts 2. Abth. §. 310.

1) l. 76—80. D. pro socio. l. 25. pr. D. loc. cond. l. 43. 44. D. de verb. oblig. c. 15. C. de contr. emt. et vend. §. 1. J. de emt. et vend. pr. §. 1. J. de loc. et cond. — Donell. Comment. de jur. civ. l. XIII. c. 1. §. 9. — 11. Ed. Bucher Vol. VII. p. 371—373. — Glück a. a. O. Th. 6. S. 66 f. Th. 16. S. 76 f. — Schweppe a. a. O. Bd. 1. §. 122.

2) l. 35. §. 1. D. de contr. emt. (Gaius.) Illud constat, imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: Quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emtum. — l. 2. D. locat. cond. (Gaius.) Locatio et con-

ten Kontraktes bestehen kann [1]), — Entscheidung durch Einen der Kontrahenten selbst, welche denn aber nicht nach Willkühr [2]), sondern nach billigem Ermessen [3]) erfolgen muß [4]):

---

ductio proxima est emtioni et venditioni iisdemque juris regulis consistit. Nam ut emtio et venditio contrahitur, si de pretio convenerit: sic et locatio et conductio contrahi intelligitur, si de mercede convenerit. — G. N. NOODT Comment. ad Pand. l. XVIII. t. 1. in Opp. Tom. II. p. 306.

1) s. die S. 206. Not. 1 und 3 cit. Stellen. — FACHIN. Controv. jur. l. II. cap. 1. — Glück a. a. O. Th. 18. S. 97. — Höpfner Komment. über die Heinecc. Institut. 7. Aufl. von Weber §. 888. — Schweppe a. a. O. §. 464. 2. Ausg. §. 461.

2) „mera voluntas", „liberum arbitrium": s. Glück a. a. O. Th. 25. S. 172.

3) „arbitrium boni viri", was „das Corpus juris civilis ins Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter" bald durch: „unpartheiisches Ermessen" oder: „Ermessen eines Unpartheiischen" — was wenigstens im formellen Sinne nicht paßt, wenn der arbitrator selbst Interessent ist — bald durch: „Ermessen eines rechtlichen Mannes" oder endlich, wohl am Entsprechendsten, durch: „Gutbefinden eines billigen und verständigen Mannes" ausdrückt, d. h. wie es von einem solchen zu erwarten ist; wie NOODT l. c. in Opp. T. II. p. 306 in fin. treffend sagt: arbitrium boni viri i. e. quodammodo ipsius aequitatis.

Was die Römer unter einem vir bonus sich dachten, ergiebt sich unter Anderm aus dem, was bei CICERO Tuscul. Quaest. V. 10: Quos dicam bonos perspicuum est; omnibus enim virtutibus instructos et ornatos, cum sampientes, tum viros bonos dicimus. — De offic. III. 15: Vir bonus est is, qui prodest, quibus potest, nocet nemini. — De republic. III. 9. 16. 19. 20: esse enim hoc boni viri et justi, tribuere cuique, quod sit quoque dignum. — Pro P. Quintio c. XVI; ferner bei SENECA Epistol. CXV. und selbst bei HORAT. Epist. I. 16 vorkommt: vir bonus est quis? Qui consulta patrum, qui leges juraque servat; Quo multae magnaeque secantur lites; Quo responsore, et quo causae teste tenentur. — vergl. BRISSON. l. c. s. v. bonus. — Glück a. a. O. Th. 25. S. 172.

4) Nach diesen Grundsätzen ist auf die Foderung eines Miethzinses,

Pompon. l. IX ad Sabin. [1]. Si societatem mecum coieris ea conditione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est.

Proculus l. V. Epistolar. [2]. — Arbitrorum genera sunt duo: unum ejusmodi, ut, sive aequum sit, sive

---

dessen Bestimmung dem Vermiether ganz überlassen worden war, von der Großh. S. Landesregierung zu Weimar durch Bescheid v. 16. Oktober 1834 erkannt worden: „Es könnte zwar die Perfek„tion des Vertrags deßhalb bezweifelt werden, weil der Kläger „anführt, daß die Bestimmung des Miethgeldes ihm überlassen „worden sey und weil es demnach an einem wesentlichen Theil der „Uebereinkunft zu fehlen scheint: §. 1. J. de emt. et vend. — „pr. J. de loc. et cond. — l. 2. 25. D. loc. cond. — Allein, „wenn auch eine Leistung, welche ganz in die Willkühr des Ver„pflichteten gestellt ist, nicht erzwungen werden kann: l. 7. pr. „D. de contr. emt. — l. 17. 46. §. 3. l. 108. §. 1. D. de „verb. obl. — c. 13. C. eod. — so entsteht dagegen doch eine „vollkommene Verpflichtung, wenn nur die Größe einer Leistung bil„ligem Ermessen Eines der Kontrahenten anheimgegeben und eine an„gemessene Bestimmung derselben den Umständen nach möglich ist: „l. 69. §. 4. D. de jur. dot. — c. 3. C. de dot. promiss. — „ja es muß, im Fall dergleichen der Bestimmung eines Kontrahenten „überlassen worden, im Zweifel stets angenommen werden, daß damit „ein billiges Ermessen — arbitrium boni viri — gemeint sey: l. 76. „77. D. pro soc. — l. 24. pr. D. loc. cond. — l. 7. pr. D. „de contr. emt. — l. 22. §. 1. D. de reg. jur. — welches rich„terlicher Beurtheilung unterliegt: l. 78. 79. D. pro soc. — l. 30. „pr. D. de op. libert. —

„Wenn endlich auch angenommen werden dürfte, daß eine solche „mittelbare Bestimmung der Gegenleistung nach eigenthümlichen „Grundsätzen über Perfektion des Kauf- und Miethvertrags nicht „genüge: §. 1. J. de emt. et vend. — pr. J. de loc. et cond. — „l. 2. pr. D. loc. cond. — l. 35. §. 1. D. de contr. emt. — so „bleibt doch überall, wo, wie in dem gegenwärtigen Fall, eine un„entgeltliche Leistung nicht beabsichtigt, die Größe der Gegenleistung „aber noch unbestimmt geblieben war, dem, welcher den Vertrag er„füllt hat, eine actio praescriptis verbis übrig: §. 1. J. de loc. „et cond. — l. 22. D. de praescr. verb."

1) l. 6. D. pro socio.

2) l. 76. D. eod.



iniquum, parere debeamus: alterum ejusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cujus arbitratu fiat:

Paulus l. IV. Quaestion.[1]. — veluti cum lege locationis comprehensum est, ut opus arbitrio locatoris fiat. Unde si — arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas ejus appareat, corrigi potest per judicium bonae fidei.

Paulus l. XXXIV. ad Edict.[2]. — Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitratu domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset: idemque servatur, si alterius cujuslibet arbitrium comprehensum sit. Nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit.

Celsus l. XII. Digestor.[3]. — Si libertus ita juraverit, dare se quot operas patronus arbitratus sit: non aliter ratum fore arbitrium patroni, quam si aequum arbitratus sit. Et fere ea mens est personam arbitrio substituentium, ut, quia sperent, eum recte arbitraturum, id faciant: non quia vel immodice obligari velint.

Gordian. Rescript.[4]. — Si quum ea, quae tibi matrimonio copulata est, nuberet, is, cujus meministi, dotem tibi, non addita quantitate, sed quodcunque arbitratus fuisset, pro ea daturum se rite promisit, et interpositae stipulationis fidem non exhibet: competentibus actionibus usus, ad repromissi emolumen-

1) l. 77. 79. D. eod.

2) l. 24. pr. D. locat. et cond.

3) l. 30. D. de oper. libert.

4) c. 3. C. de dot. promiss.

tum jure judiciorum pervenies. Videtur enim boni viri arbitrium stipulationi insertum esse [1]).

ULPIAN. l. XXVIII. ad Sabin. [2]). Generaliter probandum est, ubicunque in bonae fidei judiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris ejus conditio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse [3]).

---

1) Dieß gilt stillschweigend auch dann, wenn bei dem unbestimmten Versprechen einer dos von Seiten des Vaters der Braut deren Bestimmung dem Ermessen des Versprechenden nicht ausdrücklich anvertraut worden: l. 69. §. 4. D. de jur. dot. (PAPINIAN.) Gener a socero dotem, *arbitratu* soceri dari, non demonstrata quantitate stipulatus fuerat: *Arbitrio quoque detracto*, stipulationem valere placuit. Anders aber wird die Sache nach einem Rescript des ALEXANDER SEVER. angesehen, wenn die Braut selbst ein solches unbestimmtes Versprechen giebt: c. 1. C. de dot. prom., was denn auch wohl von jedem Andern gilt, der nicht ohnehin zu einer angemessenen Aussteuer verpflichtet ist: Glück a. a. O. Th. 25. S. 169 — Schweppe a. a. O. Bd. 4. §. 679. — vergl. ob. S. 205 Not. 1.

2) l. 22. §. 1. D. de reg. jur.

3) DONELL. l. c. §. 12. p. 373. — NOODT l. c. — STRUV. Evol. contr. XVIII. 1. th. 19. — Glück a. a. O. Th. 4. S. 190. Th. 25. S. 171—173. — Schweppe a. a. O. Bd. 1. §. 122. — Thibaut a. a. O. §. 458.

Zwar fehlt es nicht an Rechtslehrern, welche der angeführten Zeugnisse der Quellen ungeachtet, nicht zugeben, daß die Bestimmung der Größe einer Leistung dem billigen Ermessen des Gläubigers oder Schuldners verbindlich überlassen werden könne: Glück a. a. O. Th 16. S. 81. 82, welcher indessen dadurch mit sich selbst in Widerspruch zu kommen scheint, — von Wening-Ingenheim a. a. O. B. III. §. 72. Allein:

1) l. 35. §. 1. D. de contr. emt. — s. S. 207. Not. 2. — auf welche man sich deshalb beruft, sagt keineswegs, daß das negotium auch dann noch imperfectum bleibe, wenn der Käufer, von dem ihm angebotenen arbitrium Gebrauch machend, einen billigen Preis bestimme; und noch weniger, daß auch kein verbindlicher Innominatkontrakt entstehe, wenn der Käufer die Waare empfangen hat, um einen, von ihm oder von dem Verkäufer, nach Billigkeit zu bestimmenden Preis dafür zu bezahlen.

dergestalt, daß sie zwar an sich verbindlich ist, jedoch

---

2) c. 13. C. de contr. emt. et vend. (DIOCLET. et MAXIM.): In vendentis vel ementis *voluntatem* collata conditione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est; welches Reskript demnächst für die gegentheilige Meinung angeführt wird, läßt theils ungewiß, ob in jenem Fall nicht Alles noch von der reinen Willkühr der Kontrahenten abhing — was der Ausdruck: voluntas vermuthen läßt: Glück a. a. O. Th. 25. S. 172. 173. — theils ist auch hier der Gesichtspunkt eines durch Leistung des einen Theils begründeten Innominatkontraktes gar nicht berührt.

3) Die Justinian'ische c. 15. C. eod. endlich: Super rebus venum daudis, si quis rem ita comparaverit: *ut res vendita esset, quanti Titius aestimaverit*, magna dubitatio exorta est multis antiquae prudentiae cultoribus: quam decidentes sancimus, cum hujusmodi conventio super venditione procedat, *quanti ille aestimaverit*, sub hac conditione stare venditionem, ut, si quidem ipse, qui nominatus est, pretium definierit, omnimodo secundum ejus aestimationem et pretia persolvi, et venditionem ad effectum pervenire. — Sin autem vel ipse noluerit, vel non potuerit pretium definire: tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto: nulla conjectura (imo magis divinatione) in posterum servanda, utrum in personam certam, an in boni viri arbitrium respicientes, contrahentes ad haec pacta venerint: quia hoc penitus impossibile esse credentes, per hujusmodi sanctionem expellimus. Quod etiam in hujusmodi locatione locum habere censemus; — in welcher Glück a. a. O. eine korrektorische Entscheidung auch jener Frage erblickt, hat ausschließlich nur den Fall zum Gegenstand, da auf das arbitrium eines bestimmten Dritten kompromittirt worden, wo denn einseitig nichts Anderes substituirt werden soll. Wenn man auch die Worte: „hoc penitus impossibile esse credentes per hujusmodi sanctionem expellimus" nicht auf das „Vermuthen oder vielmehr Rathen" über die wahrscheinliche Absicht der Kontrahenten, sondern mit den Uebersetzern des Corp. jur. civil. 5r Bd. S. 636 — welche „hoc" durch „Letzteres" wiedergeben — auf das: „in boni viri arbitrium respicientes contrahentes ad *haec* pacta venerint" bezieht; so sagen dieselben doch immer nicht mehr, als: wenn mit Rücksicht auf das Ermessen einer bestimmten Person kontrahirt worden, so könne nicht angenommen werden, daß die Kontrahenten sich dem, wenn auch billigen, Ermessen eines Andern unterworfen; keines

wegen offenbarer Unbilligkeit [1]) vom andern Theil angg-

---

wegs aber folgt daraus, daß die vertragsmäßige Berufung auf billiges Erfahren — arbitrium boni viri — überhaupt und namentlich Eines der Kontrahenten unstatthaft sey.

4) So bleibt denn nur noch übrig, zu bemerken, wie der von selbst einleuchtende Grundsatz, welcher in l. 17. 46. §. 3. l. 108. §. 1. D. de verb. obl. und sonst auf verschiedene Weise ausgesprochen ist: nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit, auf den Fall keine Anwendung leibet, da eine Leistung von **billigem** Ermessen, wenn auch zunächst des Schuldners, abhängig gemacht ist: l. 7. pr. D. de contr. emt. Haec venditio est servi, *si rationes domini computasset arbitrio*, conditionalis est. — Sed utrum haec est venditionis conditio, *si ipse dominus putasset suo arbitrio?* an vero, *si arbitrio viri boni?* nam si arbitrium domini accipiamus, venditio nulla est: quemadmodum, si quis ita vendiderit, *si voluerit*; vel stipulanti sic spondeat, *si voluero decem dabo.* Neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus. Placuit itaque veteribus, magis in viri boni arbitrium id collatum videri, quam domini. Si igitur rationes potuit accipere, nec accepit: — impleta conditio emtionis est, et ex emto venditor conveniri potest. — l. 75. D. de legat. I. — l. 11. §. 7. D. de leg. III. — l. 46. §. 3. D. de fideic. libertat. — vorausgesetzt nur, daß es an einem Maaßstab für ein begründetes Arbitriren nicht fehlt: l. 60. 69. §. 4. D. de jur. dot. — Glück a. a. O. Th. 25. S. 175.

1) „manifesta iniquitas": l. 79. D. pro soc. s. S 210. Not. 1. Doch ist dieß nicht gerade mit einer **unmäßigen** Verletzung im Sinne der c. 2. C. de rescind. vendit. für gleichbedeutend zu achten, wenigstens dann nicht, wenn — wie im Zweifel immer anzunehmen ist — die Absicht der Kontrahenten auf Bestimmung des **wahren** Werths gerichtet war: **Höpfner** a. a. O. §. 870. Note 10. — **Glück** a. a. O. Th. 6. S. 67. Th. 16. S. 79. — **Thibaut** a. a. O. §. 458. u. f. — **Schweppe** a. a. O. Bd. 1. §. 123. — Der in l. 22. §. 3. D. loc. cond. ausgesprochene Grundsatz: Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere; quod minoris sit, pluris vendere; et ita invicem se circumscribere: ita in locationibus quoque et conductionibus juris est, welchen Donell. l. c. §. 10. dagegen anführt, setzt freie Einwilligung des Kontrahenten in die ihm nachtheilige Bestimmung voraus, welche in dem

fochten und unter richterlicher Autorität abgeändert werden kann [1]).

Dieser letzte Weg ist es nun, welcher, wie die tägliche Erfahrung lehrt, bei den gewöhnlichen Geschäften dieser Art stillschweigend vorausgesetzt wird; denn Niemand zweifelt, daß, wer bei einem Kaufmann Waaren ausnimmt, ohne über den Preis zuvor einig zu werden, wer in einem Gasthof einkehrt, ohne alsbald mit dem Wirth die Rechnung zu machen, wer bei einem Handwerker, bei einem Künstler, oder sonst bei Jemand, dessen Thätigkeit oder Eigenthum dem Publikum gegen nicht im Voraus festbestimmte Bezahlung gewidmet ist, eine Arbeit bestellt, irgend eine Leistung in Anspruch nimmt, ohne wegen der Bezahlung zu

---

Fall nicht vorhanden ist, wo er sich der Billigkeit, nicht aber der Willkühr des Andern anvertraut hat.

Nur so viel bleibt hiernach zu behaupten, daß ein Kontrahent, welcher dem Andern solches Vertrauen schenkt, nicht gerade den mäßigsten Preis erzwingen, sondern nur gegen augenscheinlich übermäßige Foderungen Schutz finden kann.

1) „corrigi potest per judicium bonae fidei": l. 79. D. pro soc. s. S. 210. Not. 1.

Nach Schweppe a. a. O. Bd. 1 §. 123. kann der Richter, welcher nach Umständen Sachverständige zuzuziehen hat, nur aufheben oder bestätigen, aber keine neue Bestimmung machen; es soll vielmehr von dem Berechtigten oder Verpflichteten so lange arbitrirt werden, bis keine Einwendung mehr stattfindet. Allein gewiß ohne Grund, da theils die Bedeutung von corrigere nicht blos jene negative, sondern auch diese positive Thätigkeit umfaßt, — vergl. Brisson. de verb. sign. h. v. — theils die Funktionen des vir bonus vorzugsweise vom Richter erwartet werden: l. 4. §. 1. D. fam. hercisc. Boni enim et innocentis viri officio eum fungi oportet. — l. 137. §. 2. D. de verb. obl. Totam eam rem ad judicem, id est, ad virum bonum remittamus.

Noch bestimmter sagen die Basil. l. XII. tit. I. c. 77. (Ed. Heimb. T. I. p. 785): Τὴν οὖν φαύλην αὐτοῦ δοκιμασίαν, τουτ' ἔστιν κακὴν κρίσιν ὁ δικαστὴς διορθοῦται.

akkordiren, es zunächst auf die Foderung des andern, ohnehin in der Regel sachverständigern, Kontrahenten ankommen läßt, und dieser im Voraus stillschweigend sich unterwirft[1]), unbeschadet nur des Rechts, auf Ermäßigung derselben[2]) anzutragen, im Fall wirkliche Ueberschreitung der Grenzen billigen Ermessens erkennbar ist[3]).

Der Verkehr des Publikums mit den Handwerkern

---

1) Schon der Veronesische GAIUS III. §. 143. führt den bei S. 207. Note 3. aus den Institutionen entlehnten Fall nicht undeutlich als ein Beispiel dafür an, wie bisweilen die Bezahlung auf das Ermessen eines Andern, sey es nun ein Dritter oder Einer der Kontrahenten, ausgestellt werde: si *alieno arbitrio* merces promissa sit, velut quanti Titius aestimaverit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur. *Qua de causa* si fulloni polienda curandave, sarcinatori sarcienda vestimenta dederim, nulla statim mercede constituta, postea tantum daturus, quantum *inter nos* convenerit, quaeritur an locatio et conductio contrahatur.

2) die s. g. *reductio* ad arbitrium boni viri, wie die Neueren das *redigere* ad boni viri arbitrium — s. S. 209. Not. 2. u. 210. Not. 1. — auszudrücken pflegen.

3) Wenn Struben rechtliche Bedenken 2. Th. Bed. 65. und Höpfner a. a. O. §. 870. 888. annehmen, daß in Fällen dieser Art „der gewöhnliche Preis" Gegenstand der Verbindlichkeit sey: so darf dieses doch nur so verstanden werden, daß der Foderungsberechtigte bei der von ihm erwarteten Bestimmung des Preises über das Gewöhnliche nicht hinausgehen darf, und daß außerdem solches beim Superarbitrium zum Maaßstab der Ermäßigung dienen muß. Denn wenn man erwägt, wie schwankend, wie veränderlich diese für viele Fälle oft gar nicht vorhandenen s. g. Marktpreise — abgesehen von festen Taxen — sind, wie die Eigenthümlichkeit jeder einzelnen Leistung nach Zeit, Ort und sonstigen Umständen dabei in Anschlag zu bringen ist; so muß man sich überzeugen, daß es ohne Arbitriren dabei nicht abgeht. Ist darüber nun nichts ausgemacht — wie in den Fällen der l. 35. 36. D. mandat. l. 16. §. 9. de pignor. —: so erscheint es am Natürlichsten, daß jeder, was er durch seine Leistung verdient zu haben meint, zunächst bestimme, — wie man im gemeinen Leben dieß auszudrücken pflegt: die Rechnung mache.

scheint schon von der Reichsgesetzgebung aus diesem Gesichtspunkt betrachtet worden zu seyn [1]), wie denn derselbe auch die Natur der Sache ganz für sich hat. Denn eines Theils hängt es nur vom Käufer oder Besteller ab, den Preis der Waare oder Arbeit im Voraus zu akkordiren und sich dadurch vor jeder Uebertheurung zu sichern, wogegen es dem Kaufmann oder Handwerker leicht übelgenommen werden würde, wenn er von dem kaufenden oder bestellenden Kunden wegen der Bezahlung ein ausdrückliches Versprechen verlangen wollte; und andern Theils wird jener zwar mehr geeignet seyn, den angemessenen Preis sachverständig zu bestimmen, wogegen dieser aber durch den Empfang der Waare oder Arbeit in den Stand gesetzt wird, die Preisbestimmung weiterer Prüfung zu unterwerfen und Ausstellungen dagegen zu begründen, während die Ablieferung jenen häufig des besten Mittels beraubt, die Mäßigkeit seiner Foderung darzuthun [2]).

Ist dem aber so [3]): dann hat auch die Erklärung des

---

1) Kais. Pat. v. 15. Aug. 1731 §. 15. (Emminghaus Corp. jur. Germ. Th. 2. S. 405): „Nachdeme auch sonsten insgemein vielfältige Klagen vorkommen, wasmassen nicht allein die Handwerker, so nicht um dem täglichen Lohn arbeiten, sondern ihre Arbeit überhaupt anschlagen, die Leute nach Gefallen mit der Schätzung ihrer Arbeit übernehmen" 2c.

2) Doch schließt dieses die Obliegenheit des Fodernden, welcher ohnehin den Gegenstand des der Foderung zum Grund liegenden Geschäfts bestimmt anzugeben hat, wohl nicht aus, insoweit der Gegner bei seinen Ansätzen sich nicht beruhigt (ratum non habet arbitrium f. S. 210. Not. 3.), dann so viel zu deren Rechtfertigung beizubringen, als erfoderlich ist, um den Richter in den Stand zu setzen, zu beurtheilen, ob die Ansätze in den Grenzen billigen Ermessens, auf welches der Gegner Anspruch hat, sich halten.

3) Womit die Entscheidungen der Großh. S. Landesregierung zu Weimar in Rescripten an das Großh. Justizamt zu Dornburg und an das Großh. Stadtgericht zu Ilmenau v. 19. Sept. und 4. Okt. 1836 übereinstimmen.

Kontrahenten, dessen Gutbefinden die Bestimmung der Gegenleistung zunächst überlassen war, über den Betrag seiner Foderung eine ganz andere Bedeutung, als der einseitige willkührliche Vorschlag zur Eingehung eines Rechtsgeschäfts, von welchem zu Anfang dieser Erörterung die Rede war. Denn dann handelt es sich nicht mehr von einer ganz in die freie Willkühr gestellten Willensäußerung, welche von der andern Seite eben so willkührlich abgelehnt werden könnte; sondern von einer im Voraus angenommenen Bestimmung nach billigem Gutbefinden, welche sofort Rechte für beide Theile begründet, wenn auch der andere Theil, im Fall offenbarer Unbilligkeit der Foderung Berichtigung derselben — ebenso, wie Abhülfe anderer widerrechtlichen Verletzungen durch Verträge, und nicht ohne Gefahr, im Fall der Bestätigung in Schäden und Kosten verurtheilt zu werden, — verlangen kann.

Die Aenderung einer solchen einmal eröffneten Preisbestimmung zum Nachtheil des Mitkontrahenten würde daher dem Grundsatz: nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam [1]) zuwiderlaufen und an sich nicht minder unstatthaft seyn, als die Abänderung eines einmal ausgesprochenen wahren schiedsrichterlichen arbitrium [2]). Es würde vielmehr eine Erhöhung des Preises in solchem Fall nur durch den Beweis eines Irrthums oder eines andern Einflusses, welcher verbindliche Einwilligung überhaupt ausschließt, also auch einem im Voraus akkordirten Preis gegenüber [3]) in Betracht kommen würde, erreicht werden können, dafern nicht etwa an die Erklärung selbst Voraus-

---

1) l. 75. D. de reg. jur.

2) l. 19. §. 2. l. 20. D. de recept. qui arbitr.

3) Obwohl dieses hier Aufhebung des ganzen Vertrags zur Folge haben könnte: l. 60. §. [illegible] D. loc. cond.

setzungen und Bedingungen geknüpft worden[1]), in deren Ermangelung auch nicht einmal der Beweis eines Verzugs oder sogar einer Weigerung auf Seiten des Schuldners den Gläubiger berechtigen kann, die einmal von ihm selbst für billig und angemessen arbitrirte Foderung zum Nachtheil des Schuldners zu erhöhen[2]).

---

1) Z. B. daß die Foderung sofort berichtigt, oder doch anerkannt werde.

2) So ist von Großh. S. Landesregierung zu Weimar erkannt worden durch bestätigendes Reskript an das Großh. Stadtgericht daselbst v. 12. Okt. 1836.

VIII.

Ueber Dare, Facere und Prästare, als Gegenstand der Obligationen.

Von

Marezoll.

Vorwort.

Bei einer genaueren Bearbeitung der noch immer sehr dunkeln Lehre von der Eintheilung der Klagen in bonä Fidei und stricti Juris Judicia, ihrem Verhältnisse zu denjenigen Klagen, die uns als arbitrariä Actiones bezeichnet werden und ihrem Einflusse auf das ganze Obligationen- und Actionensystem der Römer, deren Resultate ich in einem besonderen Werke dem Publikum vorzulegen gedenke, glaube ich auch über die Bedeutung der in unseren Rechtsquellen so häufig vorkommenden Ausdrücke: Dare, Facere und Prästare manche neue, für die richtige Erklärung unserer Rechtsquellen nicht uninteressante Aufschlüsse gefunden zu haben.

Wenn ich diese schon vorläufig hier, in Form einer besonderen Abhandlung, zur Prüfung vorlege, so hat mich dazu besonders der Wunsch veranlaßt, über diese specielleren Resultate meiner Forschungen das Urtheil der Sachverständigen früher zu vernehmen, als ich mit dem übrigen, umfassenderen Theile meiner Behandlung des oben erwähnten Gegenstandes öffentlich hervortrete. Das erstere können

nicht ohne bedeutenden Einfluß auf die Behandlungsweiſe des Ganzen bleiben und eine zeitige Billigung, oder Berichtigung derſelben würde alſo, in mehr als einer Rückſicht, mir höchſt angenehm und förderlich ſein.

Uebrigens liegt es in der Natur des Verhältniſſes und bedarf wohl kaum einer Entſchuldigung, daß ich hier manche Grundſätze aus der Lehre von den bonä Fidei und ſtricti Juris Judiciis, welche zum Beweiſe der aufgeſtellten neuen Theorie über Dare, Facere und Präſtare benutzt werden mußten, nicht vollſtändig begründen konnte, ſondern mich mehr blos mit ihrer Andeutung begnügen mußte. Auf jeden Fall glaube ich indeſſen da, wo meine Grundſätze mit den gewöhnlichen nicht übereinſtimmen, ſo viel, zu ihrer Rechtfertigung, in den Noten, oder dafür citirten Stellen beigebracht zu haben, daß ſie ſchon jetzt nicht als willkührlich und ohne Beweis aufgeſtellt erſcheinen.

§. 1.
Von dem Gegenſtande der Obligationen überhaupt.

Das Weſen der Obligatio bringt es mit ſich, daß ſie, ihrem eigentlichen Gegenſtande nach, nicht zunächſt und unmittelbar auf eine beſtimmte, der Willkühr des Berechtigten unterworfene Sache gerichtet iſt, wie das Jus in Re, auch nicht blos auf Anerkennung einer beſtimmten, perſönlichen Eigenſchaft, eines Status, oder einer Familiengewalt, wie die Jura Status und die Jura Familiä, ſondern auf eine beſtimmte Handlung, ſei es nun ein Thun, oder Laſſen, kurz! auf eine Leiſtung, welche der Creditor von dem Debitor zu fordern berechtigt iſt [1]).

Daß dieſe Leiſtung immer in einer möglichen und erlaubten Handlung beſtehen muß, liegt ſchon in dem

1) fr. 3. pr. D. 44, 7.

allgemeinen Begriffe des Rechtes, indem kein Recht auf eine unerlaubte Handlung gerichtet sein kann, ohne eben dadurch aufzuhören, ein Recht zu sein. Eben so, daß der Creditor ein juristisches Interesse dabei haben muß, die Leistung vom Debitor einzutreiben, indem die Handlung für ihn, in irgend einer Beziehung, einen Vermögenswerth hat [1]. Denn auch das gilt von jedem Rechte. Es ist nämlich allgemeines, durch die ganze römische Jurisprudenz durchlaufendes Princip, daß eine Beschränkung der natürlichen Freiheit anderer Personen, wie sie immer unzertrennlich mit allen Rechten verknüpft ist, also auch jedes Recht, was man sich zuschreibt, nur unter der Voraussetzung gebilligt werden soll, daß der Berechtigte ein solches juristisches Interesse dabei habe, damit nicht ohne Noth die fremde Handlungsfreiheit einer lästigen Beschränkung unterliege.

Dagegen bringt es nicht der allgemeine Begriff des Rechtes, als solchen, sondern nur die eigenthümliche Natur des der Obligatio zum Grunde liegenden Rechtes mit sich, daß die Handlungen, die Leistungen, welche den Gegenstand der Obligatio bilden sollen, ein gewisses, bestimmtes Maas haben müssen, mit dessen Erfüllung das ganze Obligationsverhältniß von selber, ipso Jure, erlöscht. Zwar können auch mehrere, vereinigte Handlungen, eine ganze Reihe derselben eben so gut, wie eine einzelne, den Gegenstand der Obligatio bilden. Aber auch im ersteren Falle darf der Inbegriff der verschiedenen Leistungen, die der Debitor dem Creditor schuldet, nicht in ein Verhältniß allgemeiner, bleibender Untergeordnetheit des Verpflichteten unter den Willen einer andern Person, wie eine solche durch die Jura Potestatis begründet wird, ausarten. Der natürliche Grund davon ist der, weil jede Obligatio durch Zahlung, Solutio,

---

1) fr. 5. §. 4. D. 2, 7. — fr. 8. §. 6. D. 17, 1. — fr. 32. D. 19, 2. — fr. 11. D. 47, 2.

d. h. wirkliche Vornahme der ſchuldigen Leiſtung, zu erlöſchen beſtimmt iſt, dieſe Zahlung ſich aber nur denken läßt, wo die Leiſtung ein beſtimmtes Maas hat.

Unter den angegebenen Vorausſetzungen kann nun, im Uebrigen, die Leiſtung, welche den Gegenſtand der Obligationen bildet, ſehr verſchieden ſein, ſowohl in Rückſicht ihres Umfanges, als ihrer ſonſtigen Art. Die genauere Beſtimmung dieſer möglichen Verſchiedenheiten iſt aber darum ſo wichtig, weil darnach ſich jedenfalls die Solutio, wodurch die Obligation regelmäßig zu erlöſchen beſtimmt iſt, großen Theils aber auch die Actio daraus richtet.

Bei dem Verſuche, die verſchiedenen, möglichen Arten der obligationsmäßigen Leiſtungen zu claſſificiren, ſcheinen die Römer, welche überhaupt ihr richtiger juriſtiſcher Takt von einer zu ſehr in das Specielle und Kleine gehenden Zergliederung der einzelnen Theile in ihren Rechtsſyſtemen abhielt, ſehr richtig die Schwierigkeit eines ſolchen Unternehmens gefühlt zu haben. Es kam nämlich auf der einen Seite darauf an, vollkommen erſchöpfend zu claſſificiren, ſo daß wirklich jede, im Allgemeinen obligationsmäßige Leiſtung darunter paßte, auf der anderen Seite ſollte aber auch dieſe Claſſifikation nicht als eine müßige, blos theoretiſche Deduction erſcheinen, ſondern auch praktiſche Bedeutung haben, aus dem innerſten Weſen der Obligationennatur und insbeſondere aus dem innerſten Weſen, der eigenthümlichen Richtung, welche im römiſchen Rechte und Prozeſſe die Obligationen- und Actionennatur genommen hat, hervorgehen. Denn dasjenige Band, was die Obligationen am natürlichſten mit dem praktiſchen Leben ſelbſt verknüpft, iſt die Actio daraus. Sollte alſo eine Claſſifikation der Obligationen, nach den verſchiedenen möglichen, ihnen zum Grunde liegenden Leiſtungen, jenen Zweck erreichen, ſo mußte ſie ſich eng an das Actionenſyſtem anſchließen. Dann konnte

aber auch natürlich nur diejenige Leistungsverschiedenheit, welche auf die Bildung und Richtung der Actio unmittelbaren Einfluß hatte, hervorgehoben werden und untergeordnete Modifikationen derselben mußten in den Hintergrund zurücktreten.

So wie nun die römischen Juristen, mit genauer Anschließung an das strenge Contracts- und Actionensystem, in Rücksicht ihres **Entstehungsgrundes**, alle Obligationen auf drei Hauptgattungen zurückführten, auf die obligationes, quae ex contractu nascuntur, auf die obligationes, quae ex delicto nascuntur, und auf die obligationes, quae ex variis causarum figuris nascuntur [1]), und im Grunde mit dieser Eintheilung, worauf sich wirklich alle ihre klagbaren Obligationen vollständig zurückführen ließen, weiter kamen, als die Neueren mit ihren künstlichen Systemsversuchen: eben so begnügten sie sich, in Rücksicht des möglichen **Gegenstandes der Leistung**, mit einer ganz einfachen Classifikation, welcher aber, so anspruchslos sie sich auch auf den ersten Blick darstellt, weit mehr zum Grunde liegt, als man gewöhnlich darin findet. Es ist das die bekannte Eintheilung aller Obligationen, je nachdem sie auf ein **Dare**, oder auf ein **Facere**, oder endlich auf ein **Prästare** gerichtet sind.

---

1) Die weitere Ausführung dieser letzten Rubrik, wonach die Obligationen entweder quasi ex contractu, oder quasi ex delicto entspringen, (§. 2. J. 3, 14.) gehört nicht hierher. Uebrigens erschien sie höchst wahrscheinlich den römischen Juristen nicht, wie man oft glaubt, als bloße müßige theoretische Deduktion, zur Abrundung des Systemes, sondern war in der That mit manchen praktischen Folgen verknüpft. So verdient schon hier darauf hingewiesen zu werden, daß zwar aus Obligationen, quae quasi ex contractu nascuntur, bonae fidei judicia hervorgehen konnten, nicht aber aus Obligationen, von denen es hieß, quasi ex delicto, s. maleficio nascuntur. Das war auch kein zufälliges Zusammentreffen, sondern lag tiefer in der Sache selbst begründet.



Paullus [1]) lib. 2. Institut.

„**Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum faciat, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat,** *ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.*"

Daſſelbe, was hier Paullus von dem möglichen Gegenſtande der Obligatio ſagt, ſpricht Gajus aus von der möglichen Intentio der Obligationsklage, der in Perſonam Actio.

Gaii Comm. IV. 2.

„In personam actio est, quotiens cum aliquo agimus, qui nobis ex contractu, vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus: *dare, facere, praestare oportere.*"

Daraus ergiebt ſich ſchon von ſelbſt der genaue Zuſammenhang jener Claſſifikation des Obligationsgegenſtandes mit dem Actionenſyſteme.

Offenbar wollen Paullus und Gajus in jenen Stellen den möglichen Gegenſtand der Obligationen und perſönlichen Klagen vollſtändig und erſchöpfend angeben, wie aus der ganzen Faſſung und dem inneren Zuſammenhange hervorgeht. Um ſo mehr muß es nun auffallen, wenn in vielen anderen Stellen, wo doch ebenfalls, wie es ſcheint, die verſchiedenen Arten der obligationsmäßigen Leiſtungen erſchöpfend angegeben werden ſollen, bloß das Dare und Facere, ohne Hinzufügung des Präſtare, genannt wird [2]). Eben ſo wird zuweilen weder ein Dare, noch ein Facere, für ſich allein, ſondern ein vereinigtes

---

1) fr. 3. pr. D. 44, 7.

2) Gaius IV. 5. — pr. J. 3, 16. — §. 3. J. 3, 20. — §. 1. u. 15. J. 4, 6. — fr. 25. pr. D. 44, 7. — fr. 2. pr. D. 45, 1. — c. 12. 13. u. 15. C. 8, 38.

Dare Facere, als Gegenstand der Obligationen und Actionen erwähnt.[1]).

Daß diese Verschiedenheit der Darstellung einen tieferen, in der Sache selbst liegenden Grund haben müsse, und nicht etwa blos auf einem zufälligen, wechselnden Sprachgebrauche beruhe, ist schon an sich, bei der an Terminologien so reichen und strengen römischen Rechtssprache zu vermuthen, läßt sich aber auch sogar bündigst beweisen. Auch hat man von jeher das gefühlt und mancherlei Versuche gemacht, die Schwierigkeit zu lösen. Doch scheinen dieselben bisher noch nicht zu sicheren Resultaten geführt zu haben.

Der einfachste Gang für die ganze nachfolgende Untersuchung mögte nun wohl der sein, daß wir die juristische Bedeutung erst von Dare, dann von Facere, und zuletzt von Prästare, jede einzeln für sich, prüfen.

§. 2.

Von dem Dare insbesondere.

Wir finden das Wort Dare bei den Römern in einer doppelten Bedeutung, in einer weiteren, allgemeineren, und in einer engeren, streng juristischen.

I. Im weiteren Sinne des Wortes, welcher der grammatische, etymologische ist, und dem Sprachgebrauche des gemeinen Lebens zum Grunde liegt, bezeichnet Dare so viel, wie das Hingeben einer Sache überhaupt[2]), sei es nun zu diesem, oder jenem

1) Z. B. Val. Maximus lib. VIII. cap. 2. §. 1. — Gaius IV. 41. 47. 60. 136. — fr. 27. D. 46, 2. — fr. 11. D. 46, 6. — fr. 27. §. 3. D. 46, 3. — fr. 18. §. 1. D. 46, 4.

2) *Dare* ist nämlich etymologisch genau verwandt mit dem griechischen Worte: διδόναι und in dieser seiner Urbedeutung liegt kein Grund zu einer Beschränkung des Wortes auf eine bestimmte Art von Geben. Es entspricht *dare*, in diesem grammatischen Sinne, als reiner Gegensatz, dem *accipere*, indem kein *dare*, auf der einen Seite, ohne *accipere* auf der anderen, vorkommen kann. Eben so ver-

Zwecke, einerlei ob, der Absicht des Gebers und Empfängers nach, letzterer dadurch zum Eigenthümer der Sache gemacht werden, oder ob er die Sache nur zu vorübergehendem Gebrauche, oder sonstigen anderen Zwecken erhalten, oder behalten soll. Es entspricht also dieser Begriff des Dare unserem Worte Hingeben, Weggeben. In dieser Bedeutung kommt Dare nicht blos unzählige Mal vor bei nicht juristischen Schriftstellern und wird namentlich von Seneca[1]) so erklärt:

„Dare aliquid a se dimittere est, et id, quod tenueris, habendum alteri tradere."

sondern auch unseren Rechtsquellen und dem juristischen Sprachgebrauche ist diese Bedeutung nicht fremd. So wird *dare* rem bei dem Miethcontracte für *praestare* rem gebraucht;

[2]) Labeo Posterior. lib. 5. a Javoleno epitom.

„nisi paratus fuisset locator, commodam domum ei ad habitandum dare."

So bei dem Kaufcontracte für *tradere* rem.

[3]) Javolenus lib. 11. Epistol.

„Convenit mihi tecum, ut certum numerum tegularum mihi dares certo pretio; quod ut faceres, utrum emtio sit, an locatio? Respondit: Si ex meo fundo tibi factas, ut darem, convenit, emptionem puto esse, non conductionem."

In demselben weiteren Sinne kommt Dare vor bei der Condictio de eo, quod certo loco dari oportet. Denn, obgleich theils ihr Name schon darauf hinweist, theils auch im All-

---

binden die Griechen: διδόναι και λαμβάνειν, als correlative Begriffe. Stephanus thes. ling. graec. sub. voce: δίδωμι.

1) de benef. II. 10.

2) fr. 60. pr. D. 19, 2.

3) fr. 65. D. 18, 1.

gemeinen gesagt wird, sie setze voraus, daß jemand aus einem stricti Juris Judicium zum Dare verpflichtet sei [1]), so gestattet sie doch Paullus namentlich für den Fall, wo Jemand stipulationsmäßig versprochen, certo loco *traditurum se* [2]).

Eben so bei den mit besonderen, eigenthümlichen Namen versehenen Realcontracten, ausser dem Mutuum. Denn gerade in den Hauptstellen [3]) über ihre wesentliche Natur wird Dare gebraucht für: *deponere* [4]), *commodare*, *pignori dare* und es soll dort überhaupt das Wort Dare nur der juristischen Redeform: „*re* contrahitur obligatio" entsprechen.

„Ideo [5]) autem istis modis obligatio dicitur consensu contrahi, quia neque scriptura, neque praesentia omnimodo opus est, ac nec *dari* quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio."

Auf ganz gleiche Weise finden wir das Wort Dare sogar als eine Art von juristischem Kunstwort gebraucht in der ganzen berühmten Darstellung von Paullus, worauf von den Neueren die Theorie von den s. g. unbenannten Realcontracten gebaut ist [6]). Das ist um so auffallender und wichtiger, weil von Paullus dort geradezu dem Dare das Facere entgegengesetzt wird, wie die vier bekannten Rubriken: *do ut des*, — *do ut facias*, — *facio ut des*, — *facio ut facias* — beweisen. Daß aber namentlich auch das *tradere* zu dem Dare in dieser Bedeutung gehört, sieht man sehr bestimmt daraus, weil dort von Paullus zu den Fällen der contractus *do ut des* ein, der Emtio

1) fr. 1. D. 13, 4.

2) fr. 7. §. 1. D. 13, 4. Cujac tract. III. ad Africanum ad l. 8. D. de eo, quod certo loco.

3) §. 2—4. J. 3, 15. §. 1. J. 3, 23.

4) Vergl. auch noch fr. 1. pr. D. 16, 3.

5) §. 1. J. 3, 23.

6) fr. 5. pr D. 19, 5.

Venditio ganz entsprechender Vertrag, neben und ausser der Permutatio, erwähnt wird [1]). Auch die oft wiederkehrende Redensart: precario rem dare gehört hierher [2]).

II. In einem weit engeren, strengeren Sinne des Wortes wird Dare in unseren Rechtsquellen oft gebraucht und, wenigstens bei gewissen Arten von Obligationen, nämlich bei denjenigen, welche stricti Juris sind, dem Facere scharf entgegensetzt. Dann bezeichnet Dare, als Gegenstand der Obligatio, so viel, als: *rem ita dare, ut fiat accipientis.*

[3]) Gaii Comm. IV. 4.

„Sic itaque discretis actionibus certum est, non posse nos rem nostram ab alio ita petere: *Si paret, eum dare oportere.* Nec enim, quod nostrum est, nobis dari potest, *cum solum id dari intelligatur, quod ita datur, ut nostrum fiat;* nec res, quae nostra est, amplius nostra fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut, extra poenam dupli aut quadrupli, rei recipiendae nomine fures ex hac actione etiam teneantur: *Si paret, eos dare oportere,* quamvis sit etiam adversus eos haec actio, qua *rem nostram* petimus."

Ausgemacht und unbestritten ist es nun freilich, daß zu den Fällen, ubi *res ita nobis datur, ut nostra fiat,*

---

1) fr. 5. §. 1. D. 19, 5.

2) fr. 1. §. 2. fr. 12. D. 43, 26.

Ulpian. lib. 1. Instit.

„Et distat a donatione eo, quod qui donat, sic dat, ne recipiat, at qui precario concedit, sic dat, quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit precarium solvere"

3) Mit wenigen unbedeutenden Abänderungen wiederholt in §. 14. J. 4, 6. Vergleiche auch fr. 167. pr. D. 50, 17.

Paull. lib. 48. ad Edict.

„Non videntur data, quae eo tempore, quo dantur, accipientis non fiunt."

diejenigen gehören, wo der Empfänger, durch das Hingeben der Sache an ihn, zum Eigenthümer derselben gemacht werden soll. Denn davon reden regelmäßig die Stellen, in welchen das Dare bei den strictis Judiciis so, im strengen Gegensatze zu dem Facere, vorkommt. Auch wird es klar ausgesprochen von

[1]) ULPIANUS lib. 22. ad Edictum.

„Haec stipulatio, *fundum Tusculanum dari*, ostendit se certi [2]) esse, continetque, ut *dominium omnimodo efficiatur stipulatoris* quoquo modo."

Sehr bestritten [3]) ist es dagegen, ob der Begriff eines solchen Dare sich blos auf das Geben einer Sache zum Eigenthume beschränkt, oder ob er sich auch auf Uebertragung von Jura in Re aliena, und im letzteren Falle, ob blos auf die Uebertragung von Servituten, oder auch auf die Uebertragung anderer Jura in Re aliena, namentlich des Pfandrechtes, erstreckt. Das praktische Interesse dieser Streitfrage für das richtige Verstehen der römischen Rechtsquellen liegt zu nahe, als daß der Versuch einer nochmaligen Prüfung derselben einer besonderen Rechtfertigung bedürfte. Namentlich hängt bei Stipulationen davon allein

---

1) fr. 75. §. 10. D. 45, 1.

2) Wir mögen nun *certi* lesen, oder mit andern Handschriften: *certum*; immer behält diese Stelle grammatisch etwas Hartes und Anstößiges. Auf den hier in Frage stehenden Punkt hat es übrigens keinen Einfluß und wir können uns daher aller kritischen Bemerkungen darüber entheben.

3) GLOSSA ad fr. 2. §. 1. D. 45, 1. so wie zu manchen anderen Stellen desselben Titels. — MOLINAEUS extricatio labyrinthi divid. et individ. Princ. §. 14. — SCIP. GENTILIS de divid. et individ. obl. cap. 13. (Opp. tom. I. p. 135.) — DE RETES de divid. et individ. obligat. cap. 1. §. 8. — (MEERMANN thes. tom VII.) — BARDILI de faciendi obligatione §. 57. — Gans das röm. Oblig. Recht. S. 11. — Rubo über die Theilbarkeit oder Untheilbarkeit der Obligationen, nach den Grundsätzen des römischen Rechts. S. 14.

ab, ob daraus auf wirkliche Conſtituirung des Jus in Re aliena, oder nur auf das Intereſſe geklagt werden kann [1]).

Unter den mancherlei darüber herrſchenden Anſichten verdient diejenige den Vorzug, wonach Dare zwar, auſſer der Eigenthumsübertragung, auch Uebertragung, oder Einräumung von Servituten techniſch bezeichnet, nicht aber auch die Uebertragung von anderen dinglichen Rechten, namentlich nicht die von Pfandrechten.

Was nämlich die Servituten betrifft, ſo ſpricht dafür erſtens die Art und Weiſe, wie Gajus in den Inſtitutionen [2]) das Dare erklärt, und Paullus [3]) dieſe Erklärung beſtätigt, als ein *ita dare, ut nostrum fiat*. Nun ſagt aber derſelbe

[4]) Paullus lib. 2. Instit.

„Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut *servitutem nostram faciat*, sed ut alium nobis adstringat cet."

Hier wird *nostrum facere, nostrum fieri* ganz gleichmäßig von der Eigenthums- und von der Servitutenübertragung, oder Erwerbung gebraucht. Daraus folgt, daß eine Servitut wirklich ſo gegeben werden kann, *ut nostra, ut accipientis fiat*.

Damit hängt zweitens ſehr natürlich zuſammen, daß bei ſtricti Juris Obligationen, namentlich bei Stipulationen, alſo ſelbſt da, wo das Wort Dare offenbar im engeren Sinne gebraucht wird, die Ausdrücke: *rem dare* und *servitutem dare* auf ganz gleiche Weiſe vorkommen, ſogar neben einander [5]).

---

1) Davon weiter unten.

2) §. 14. J. 4, 6. (Gaii Comm. IV. 4.)

3) fr. 167. pr. D. 50, 17.

4) fr. 3. pr. D. 44, 7.

5) fr. 19. D. 8. 3. — fr. 126. §. 1. fr. 136. §. 1. D 45, 1. — fr. 15. D. 45, 2. — fr. 95. §. 6. D. 46, 3. und in vielen anderen Stellen.

Entscheidend ist **drittens** folgendes Argument. Die Eintheilung der Stipulationen in solche, quae in dando, und solche, quae in faciendo consistunt, correspondirt im römischen Obligationensysteme und in unseren Rechtsquellen überhaupt, der wissenschaftlichen Entwickelung, wonach entweder *res*, oder *facta* den Gegenstand der Stipulation bilden.

Denn, nachdem bisher immer von den auf Eigenthumsübertragung gerichteten Stipulationen die Rede gewesen, fahren die **Institutionen** [1]) so fort:

„Non solum *res* in stipulatum deduci possunt, sed etiam *facta*: ut si stipulemur, *aliquid fieri, vel non fieri.*"

Wenn wir nun dennoch finden, daß das Stipuliren von Servituten zu den Fällen, wo **Res** stipulirt werden, gezählt wird, so folgt daraus schon von selbst, daß es zu den auf **Dare** gerichteten Obligationen gehört.

[2]) Ulpian. lib. 20. ad Edict.

„Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae, itineris, actus, aquaeductus, ceterarumque servitutum. Idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi, vel fossam fodiri, vel insultam fabricari, vel operas, vel quid his simile: horum enim divisio corrumpit stipulationem."

Hier werden die Fälle, *si quis faciendum aliquid stipulatus sit*, offenbar der *dandi obligatio*, welche auf Servituten gerichtet ist, entgegengesetzt. Denn giengen die letztern ebenfalls auf ein **Facere**, so könnte nicht so fortgefahren werden: idem puto caet.

Aus demselben Grunde wird auch, bei den auf Servitu-

---

1) §. 7. J. 3, 16.

2) fr. 72. pr. D. 45, 1.

ten gerichteten Stipulationen, nie die **Bestellung der Servitut** genannt, so wenig wie in der Regel bei den auf körperliche Sachen gerichteten Stipulationen, die **Uebertragung des Eigenthumes**. Vielmehr wird bei beiden schlechtweg die **Sache selbst**, bei den Stipulationen auf Eigenthumsübertragung die körperliche Sache selbst, — z. B. fundum, hominem stipulari — bei den Stipulationen auf Einräumung von Servituten, die **unkörperliche Sache**, die **bestimmte Servitut selbst** genannt; z. B. *iter, viam, usum fructum stipulari* [1]). Dagegen bei den auf **Facere** gerichteten Stipulationen wird immer das bestimmte **Facere** selbst genannt, z. B. *insulam fabricari*, *fundum tradi*. Davon macht auch natürlich keine Ausnahme die Redensart: *operas* stipulari [2]). Denn in dem Worte *operae* liegt ja schon genügend das **Facere**, **Thun** ausgedrückt, und ein Zusatz dazu würde sogar zu einer Tautologie führen.

Es hat **viertens** derjenige, welcher sich durch Stipulation eine Servitut versprechen lassen, eine Klage, welche auf *dari oportere* lautet.

[3]) Paullus lib. 6. ad Sabinum.

„Si unus ex sociis stipulatur iter ad communem fundum, inutilis est stipulatio, quia nec dari ei potest. Sed si omnes stipulentur, sive communis servus, singuli ex sociis *sibi dari oportere* petere possunt, quia ita dari eis potest a te."

Diese Klage ist nun aber auf der einen Seite gerade die charakteristische Klage, welche immer wesentlich, als Gegenstand der Obligationen, strenges *dare* voraussetzt,

---

1) fr. 9. §. 2. D. 46, 2. — fr. 13. §. 1. u. 2. D. 46, 4. — fr. 2. §. 1. D. 45, 1. und viele andere Stellen.

2) Z. B. in fr. 72. pr. D. 45, 1.

3) fr. 19. D. 8, 3.

und auf der andern Seite ist die aus der Faciendi Obligatio entspringende Klage immer auf *dare facere oportere* gerichtet.

Noch sprechender und schärfer tritt dieses alles hervor bei der *actio triticaria*, oder *triticiaria*. Man mag über ihr eigentliches Wesen im römischen Obligationensysteme noch so verschiedene Ansichten aufstellen, jedenfalls ist sie, nach den bestimmtesten Zeugnissen der Quellen[1]), auf ein streng juristisches *dare* gerichtet. Dennoch findet sie, wie uns ausdrücklich gesagt wird, Statt, wenn eine Servitut stipulirt worden ist.

[2]) Ulpianus libr. 27. ad Edictum.

„Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur: *si certum petetur*, qui autem alias res, per triticariam condictionem petit. Et generaliter dicendum est, eas res per hanc actionem peti, quae sint praeter pecuniam numeratam, sive pondere, sive mensura constent, sive mobiles sint, sive soli. Qua re fundum quoque per hanc actionem petimus, et si vectigalis sit; *sive jus stipulatus quis sit, velut usum fructum, vel servitutem utrorumque praediorum.*“

Einen fünften Beweisgrund liefert folgende Stelle von

[3]) Ulpianus lib. 22. ad Edictum.

„Fundi certi si quis usum fructum stipulatus fuerit, incertum intelligitur in obligationem deduxisse; hoc enim magis jure utimur.“

Es war alsso, wie uns Ulpian berichtet, einigermaassen zweifelhaft gewesen, ob in solchen Fällen, wo doch ein Certum den Gegenstand desselben bildet, auch der

---

1) fr. 1. pr. §. 1. D. 13, 3.

2) fr. 1. pr. D. 13, 3.

3) fr. 75. §. 3. D. 45, 1.

daran ſtipulirte Uſusfructus ſelbſt ein Certum, oder ein Incertum ſei. Die letztere Anſicht hat obgeſiegt. Wäre nun aber die Stipulation einer Servitut ſchon an ſich auf ein Facere, nicht auf ein Dare gerichtet geweſen, ſo konnte möglicherweiſe gar kein Zweifel darüber entſtehen, ob der Gegenſtand einer ſolchen Stipulation ein Certum, oder Incertum ſei. Denn das war ja von jeher allgemein anerkannt, und wird in derſelben Stelle von Ulpian unbedingt ausgeſprochen, daß alle Faciendi Stipulationes auf ein Incertum gerichtet waren [1]) Der ganze angegebene Entſcheidungsgrund: „hoc enim jure utimur" würde alſo gar nicht paſſen. Dagegen das Objekt der auf Dare gerichteten Stipulationen iſt allerdings, den Umſtänden nach, bald ein Certum, bald ein Incertum und aus dem ganzen Begriffe des Certum und Incertum erklärt ſich leicht, wie ein Zweifel über den von Ulpian aufgeſtellten Fall entſtehen konnte. Das beſtimmte Grundſtück ſelbſt, fundus certus, iſt nämlich unbezweifelt ein Certum und daher der Zweifel, ob nicht auch der daran ſtipulirte Uſusfruct. Aber entſcheidend erſchien den römiſchen Juriſten für die entgegengeſetzte Anſicht der Umſtand, daß es doch immer noch ungewiß bleibt, wie viel das beſtimmte Grundſtück eintragen werde und wie lange der Uſufructuar leben, wie lange alſo der Uſusfruct dauern werde. Lauter Momente, die ſich nicht im Voraus beſtimmen laſſen und von denen doch Werth und Art des fraglichen Nießbrauches abhängen würde [2]).

Damit ſteht auch keineswegs, wie die Gloſſe meint, im Widerſpruche, wenn in einer anderen Stelle Papinian von einem legatum ususfructus erklärt, daß es legatum certi ſei. Denn dort iſt die Rede von dem ſ. g. Quaſi-

1) fr. 75. §. 7. D. 45, 1.

2) Gans a. a. O. S. 79.

usus fructus eines bestimmten Geldkapitales, in Gefolge dessen das Eigenthum des Kapitales auf den Usufructuar übergeht. Dadurch wird allerdings ein Certum begründet [1].

Es liegt endlich schon in der eigenthümlichen Natur der Servituten etwas, woraus sich die Gleichstellung des Einräumens einer Servitut mit dem Uebertragen des Eigenthumes, in dieser Beziehung, ziemlich einfach erklären läßt. Denn es steht die Servitut, als das älteste und ursprünglich einzige Jus in Re aliena, dem Eigenthume schon weit näher, wie die übrigen, erst später entstandenen Jura in Re aliena. Sie, wenigstens die Servitutes Prädiorum rusticorum, als die älteste Art der Servituten, sind die einzigen Rechte, welche, bei der Classifikation der Sachen in Mancipi und nec Mancipi Res, welche doch so genau mit der Eigenthumslehre zusammenhängt, mit erwähnt werden [2]. Auf sie allein wurde der, von dem Eigenthume und den körperlichen Sachen entlehnte Begriff des Besitzes und der Ersitzung angewendet. Ja! es werden zuweilen die Servituten, wenigstens die Realservituten, geradezu wie ein integrirendes Stück des Dominii, der Proprietas betrachtet und behandelt [3].

Um übrigens auch alle Einwendungen, welche der hier vertheidigten Theorie wirklich entgegengestellt worden sind, oder doch wenigstens entgegengestellt werden könnten, zu berücksichtigen, mag noch bemerkt werden, daß kein Gegenargument entlehnt werden kann aus fr. 75. §. 10. D. 45, 1. Denn, obgleich es dort heißt: die stipulatio: „*fundum tusculanum dari*“ gehe darauf, ut *dominium* omnimodo efficiatur

1) Thomasius de obligatione ex promissione rei incertae §. 17. scheint diese Stelle ganz mißverstanden zu haben.

2) Ulpian. fragm. tit. 19. §. 1.

3) fr. 2. §. 2. D. 43, 1. fr. 15. §. 5. D. 43, 24. Mühlenbruch Cession der Foderung (3te Aufl.) S. 112.

stipulatoris, so beweist das natürlich weder für, noch gegen die Stipulation der Servituten, weil dort, schon der ganzen Fassung der Stipulation nach, blos wahre Eigenthumsübertragung beabsichtigt sein konnte.

Mit größerem Scheine könnte man sich berufen auf manche Stellen, in welchen ausgesprochen wird, daß die Stipulation, welche auf: „*ut ire, agere liceat*“ gerichtet ist, ein *facere* zum Gegenstande habe.

[1]) „Sed cum factum in stipulatione contineatur, omnimodo persona stipulantis continetur, veluti si servus stipuletur, ut sibi ire, agere liceat. Ipse enim tantum prohibere non debet, non etiam dominus ejus.“

Allein dort ist auch überhaupt gar nicht die Rede von dem stipulationsmäßigen Versprechen einer Servitut, sondern lediglich von dem stipulationsmäßigen Versprechen des factischen *ire*, oder *agere*. Das beweist auch der ganze Schluß der Institutionenstelle und die daraus gezogene Folgerung.

Endlich ist noch zu berühren ein seltsames Gegenargument, auf welches man nicht selten, nach dem Vorgange der Glosse[2]), bedeutendes Gewicht gelegt hat[3]). Es verspreche nämlich derjenige, welcher eine Servitut durch Stipulation zusichere, *patientiam*, welche die Stelle der Tradition vertrete; dieses *pati* sei aber eben ein Facere[4]). Allein, so wahr es auch ist, daß das *pati*, nach römischer Ansicht, ein Facere enthält, wie sich weiter unten zeigen wird, so beweist das doch nicht das Mindeste gegen unsere Theorie. Denn auch derjenige, welcher sich stipulationsmä-

1) §. 2. J. 3, 18. — Vergl. auch fr. 2. §. 5. 6. fr. 4. §. 1. D. 45, 1.

2) ad fr. 2. §. 1. D. 45, 1.

3) Z. B. Sc. Gentilis c. l. cap. 13. p. 135.

4) Qui viam stipulatur, vel iter, stipulatur factum; nam patientia pro traditione est, et pati est facere. Sc. Gentilis c. l.

ßig zu einem Dare, im Sinne der Eigenthumsübertragung, ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris, verpflichtet, verspricht ja implicite, zum Zwecke der zu bewerkstelligenden Eigenthumsübertragung, ein Tradere und auch dieses Tradere enthält, nach römischer Ansicht, ein Facere. Ueberhaupt beruht jenes ganze Raisonnement der Glosse, wie schon von Anderen richtig bemerkt worden ist [1]), auf einer offenbaren Verwechselung des Rechtes der Servitut mit seiner Ausübung und der Art, wie die Servitut bestellt, constituirt werden kann.

Wenn gleich es nun hiernach wohl als erwiesen betrachtet werden darf, daß bei stricti Juris Obligationen, welche auf ein Dare gerichtet sind, zu diesem Dare auch Einräumung von Servituten gehört, so gehen doch diejenigen zu weit, welche dasselbe von der Einräumung auch anderer Jura in Re aliena, namentlich des Pfandrechtes behaupten [2]).

Zwar scheint der Schluß von dem einen Jus in Re aliena auf das andere ziemlich nahe zu liegen, indem sie in der That alle, auf gleiche Weise, als Ablösung einzelner Bestandtheile des Eigenthumes, die zu selbstständigen dinglichen Rechten constituirt sind, erscheinen, daher sämmtlich eine dingliche Beschränkung des Eigenthumes enthalten und oft ganz allgemein dem Eigenthume entgegengesetzt werden. Auch ist nicht in Abrede zu stellen, daß unseren Rechtsquellen der Ausdruck: *pignus, vel hypotheoam dare* nicht fremd ist [3]).

---

1) Rubo A. a. O. S. 19.

2) Glossa ad fr. 2. §. 1. D. 45, 1. — Molinaeus c. l. — Bardili c. l. — Rubo a. a. O. S. 14. — v. Wening-Ingenheim Lehrb. des Civ. Rechts. B. III. Kap. 1. §. 3. (§. 188.) Not. n.

3) Z. B. §. 4. J. 3, 14. fr. 1. 2. 5. 11. D. 20, 1. sowie in noch vielen anderen Stellen derjenigen Pandektentitel, welche von dem Pfandrechte und dessen Bestellung handeln. S. Rubo a. a. O. S. 16. Wening-Ingenheim A. a. O.

Allein, was erstens diesen Sprachgebrauch betrifft, so kann derselbe in der Art, wie er sich im römischen Rechte findet, durchaus nicht entscheiden. Denn es ist schon oben bemerkt worden und muß hier, unter Verweisung auf den Beweis davon in dem Nachfolgenden, noch ein Mal wiederholt werden, daß jener scharfe Gegensatz von Dare und Facere, als Gegenstand der Obligationen, jene strenge Terminologie sich überhaupt nur auf solche Obligationen bezieht, die ein stricti Juris Judicium begründen. Nur wo auf *dare oportere* geklagt werden kann, nur da kann im engeren Sinne des Wortes von einer obligatio ad *dandum* die Rede sein. Zu diesen stricti Juris Obligationen gehören ganz besonders die Stipulationen und durch Stipulation wird regelmäßig die Constituirung einer Servitut versprochen, so wie auch alle Stellen, welche oben, für den Beweis, daß Dare auch das Einräumen von Servituten bezeichne, von stipulationsmäßig contrahirten Obligationen entlehnt worden sind.

Anders verhält sich das mit dem Pfandrechte. Die Constituirung eines Pignus kann überhaupt nur durch den Contractus pigneratitius geschehen und eine Klage auf wirkliche Einräumung des Pfandrechtes aus diesem Contrakte ist schon an sich gar nicht möglich, weil erst mit der Ablieferung der Sache der Contract, als solcher, existent wird. Wenn daher hier von einem Dare die Rede ist, so ist es dasjenige Dare im weiteren Sinne, welches wir schon oben kennen lernten, wie es überhaupt bei den s. g. Realcontrakten aller Art vorkommt[1]). Es begründet ferner dieser Verpfändungscontract ein bonä Fidei Judicium[2]). Aus allen diesen Gründen ist also hier eine klagbare obligatio ad dandum überhaupt gar nicht denkbar. Was da-

1) S. oben.

2) §. 28. J. 4, 6.

gegen die Hypotheka betrifft, so ist theils das pactum hypothecae ebenfalls bonā Fidei, theils kann hier, nach der Natur der Hypotheka, als eines Pfandrechtes, welches dem Gläubiger an sich gar keinen Anspruch auf Besitz der Pfandsache gewährt, von einer obligatio ad dandum nicht wohl die Rede sein. Selbst dann nicht, wenn etwa der Gläubiger in Stipulationsform sich eine Hypotheka versprechen ließ. Denn unmöglich konnte daraus auf: *dare oportere* geklagt werden. Worin sollte dann dieses Dare bestehn? Wenn wir nun aber trotz dem in den Quellen die Redensarten: pignus, vel hypothecam *dare* finden, so kann das nur im Allgemeinen den Sinn haben: ein Pfandrecht bestellen. Dare wird also hier wieder in einem weiteren Sinne genommen und ist gleichbedeutend mit den eben so oft in unseren Rechtsquellen vorkommenden Redensarten: *rem pignori, vel hypothecae dare*[1]) oder: *rem pignori, vel hypothecae obligare*[2]), *pignus contrahere* u. s. w.[3]) Nirgends finden wir aber ausgesprochen, daß der Verpfänder aus dem Pfandvertrage *ad dandum* obligirt sei.

Es liegt übrigens der Grund jener Verschiedenheit des Pfandrechtes und der dabei vorkommenden Terminologie von der der Servituten sehr natürlich in der Eigenthümlichkeit beider Rechte selbst, wodurch sich die Servitut weit mehr dem Eigenthume nähert, als das Pfandrecht. Denn nirgends finden wir in unseren Rechtsquellen das Pfandrecht in der Art dem Eigenthume gleichgestellt, wie wir oben eine Gleichstellung der Servitut mit dem Eigenthume

---

1) Z. B. fr. 1. §. 1. 2. 4. fr 5. fr. 11. §. 2. fr. 13. §. 1. fr. 15. pr. D. 20, 1.

2) fr. 13. pr. fr. 15. pr. D. eod.

3) Z. B. fr. 1. §. 4. D. 20, 1. wo ein Mal pignus a muliere *contractum* und gleich darauf pignus a muliere *datum* vorkommt. fr. 2. D. eod. wo das judicium, quod de pignore dato proponitur, erwähnt wird. fr. 11. §. 2. D. eod.

kennen gelernt haben. Daher wird zwar gesagt: *servitutem nostram facere*[1]), gerade so, wie: *rem nostram facere;* während die Redensart, *pignus nostrum facere, hypothecam nostram facere* nirgends vorkommt und auch in der That gar keinen Sinn haben würde. Während ferner der dingliche Charakter der Servitut, als eines integrirenden, zu einem selbstständigen dinglichen Rechte erhobenen Theiles vom Eigenthume, gewissermaaßen als eines in gewissen beschränkteren Befugnissen an der Sache zustehenden Eigenthumes, im römischen Rechte so scharf als möglich hervortritt und eben dadurch so natürlich zu der Vergleichung mit dem Eigenthume hinführt[2]), so tritt umgekehrt das dingliche Princip bei dem Pfandrechte weit mehr in den Hintergrund. Nicht nur war das eigentliche Pfandverhältniß[3]), ursprünglich, sowohl der Sache, als dem Namen nach, ein reines Obligationsverhältniß, sondern es ist auch bis zuletzt, in gewisser Beziehung ein solches geblieben, eine *obligatio rei*, wobei die verpfändete Sache das verpflichtete Subjekt bildet[4]). Geht man vollends[5]), wogegen sich freilich manches einwenden läßt[6]), von der Ansicht aus, daß das Pfandrecht nur Ausübung eines fremden Eigenthumes sei, so kann um so weniger, bei der vertragsmäßigen Verpfändung, die Obligatio des Verpfänders gerichtet sein auf ein *dare, ita ut res accipientis, ut nostra fiat.*

---

1) S. ob. S. 230.

2) S. ob. S. 235.

3) Von der Mancipation unter dem Vorbehalte der Remancipation und der Fiducia ist hier natürlich nicht die Rede, weil das kein wahres Pfandverhältniß war, sondern nur ein ganz anderes Auskunftsmittel, in Ermangelung des Pfandrechtes.

4) Riebel in Hugo Civ. Mag. B. V. S. 114—117.

5) Du Roi im Archiv für die civ. Prax. Bd. VI. S. 400 und 405. Zimmern ebendaselbst Bd. VII. S. 314—317.

6) S. Mühlenbruch Cession S. 13. u. 20. (3te Ausg.)

Was endlich die Emphyteusis und Superficies betrifft, so liegt es schon in der Art ihrer Entstehung und Begründung, daß derjenige, welcher zu ihrer Einräumung verpflichtet ist, unmöglich *ad dandum* verpflichtet sein kann, sondern nur *ad faciendum;* wenn man nicht etwa *dare* dabei wieder in dem oben bemerkten, weiteren Sinne des Wortes nimmt. Denn der Vertrag, wodurch jemand ein Emphyteutrecht an seinem Grundstücke einem Andern verspricht, ist, seit Zeno, der emphyteuticarische Contract[1]). Er besteht, seinem Inhalte und Wesen nach, aus einer Zusammensetzung der Grundsätze von der Emtio Venditio und der Locatio Conductio, so wie schon früher die römischen Juristen zwischen jenen beiden Contrakten geschwankt hatten[2]). Aus beiden Contracten entsteht aber bekanntlich eine *obligatio ad faciendum*; aus dem Kaufcontracte *ad tradendam rem,* aus dem Mieth- und Pachtcontracte *ad praestandam rem*[3]). Dazu kommt noch, daß diese beiden Contracte bonä Fidei Judicia begründen, und also auch der aus ihnen zusammengesetzte emphyteuticarische Contract ohne Zweifel[4]) bonä Fidei ist. Darum kann auch der scharfe

1) c. 1. C. 4, 66.

2) c. 1. cit. §. 3. J. 3, 25.

3) Hoffentlich wird sich niemand dagegen berufen wollen auf fr. 1. pr. D. 13, 3. und ähnliche Stellen, worin von dem *dare* eines *fundus vectigalis* die Rede ist. Denn dort ist ja nicht die Rede von dem *dare* einer Emphyteusis, oder eines *jus in agro vectigali,* sondern von dem *dare,* der Eigenthumsübertragung eines fundus, welcher vectigalis ist.

4) Es wird uns das zwar nicht ausdrücklich gesagt, versteht sich aber wegen des Inhaltes von selbst. Auch wird in c. 1. C. 4, 66. ausdrücklich der gegenseitigen Leistungen, Prästationen der Contrahenten Erwähnung gethan: in quo cuncta, quae inter *utrasque* contrahentium partes — *pactionibus placuerint,* firma — debeant custodiri. Diese gegenseitigen Leistungen und Prästationen bilden aber eben den charakteristischen Inhalt der bonä Fidei Obligationen. S. weiter unten.

Gegenſatz der dandi obligatio zur faciendi obligatio dabei eigentlich, der Strenge nach, gar nicht vorkommen.

Ganz daſſelbe gilt von der Superficies. Der Vertrag, wodurch ihre Beſtellung, als eines Jus in Re aliena, verſprochen wird, iſt noch im neueſten römiſchen Rechte, und war ſogar von jeher, ſeinem Weſen nach, eine Locatio Conductio [1]). Dieſe begründet aber nicht bloß ein bonä Fidei Judicium, ſondern iſt auch beſtimmt blos auf *praestatio re* gerichtet.

§. 3.

Prüfung einiger abweichender Theorien über den Begriff des Dare.

Bevor wir nun der Entwickelung des Begriffes Dare im techniſchen Sinne die Erörterung des Begriffes Facere, als reinen Gegenſatzes davon, folgen laſſen, ſind noch theils einige abweichende Anſichten Anderer zu prüfen, theils einige allgemeine Bemerkungen über das Weſen des Dare anzuknüpfen.

Es hat vorerſt der jüngere Haſſe[2]), zunächſt mit Rückſicht auf die Lehre von den Condictionen, eine Lehre, worin der ſtrenge juriſtiſche Gegenſatz von Dare und Facere ſich gerade am ſchärfſten ausſpricht, folgende eigenthümliche Anſicht über den Begriff des Dare aufgeſtellt. Dare im ſtrengen Sinne, namentlich in der Formel: *dare oportere* habe urſprünglich nicht ſo viel geheißen, als Eigenthum übertragen, ſondern nur ſo viel, als Eigenthumsbeſitz übertragen, d. h. Uebertragen von Beſitz, in welchem Eigenthum verwirklicht wird, einerlei, ob das zu verwirklichende Eigenthum mit ſeiner Verwirklichung im Beſitze zugleich entſteht, oder ob es ſchon vorher da war,

1) fr. 1. §. 1. D. 43, 18.

2) Rhein. Muſeum Bd. II. H. 1. S. 66—67.

und nur der Besitz, als der Zustand, in dem es verwirklicht ist, erreicht werden soll. Der engere technische Begriff von *dare* gehöre erst der späteren Jurisprudenz an. Daraus allein sollen sich namentlich mehrere Stellen erklären, in welchen, auch abgesehen von dem Falle der furtiva Condictio, welche freilich schon die Römer selbst ausnehmen, dem Eigenthümer der Sache eine Condictio, zur Erlangung des Eigenthumsbesitzes, zugestanden werde.

Allein dieser Theorie steht alles entgegen. Denn, wenn wirklich der juristische Sprachgebrauch im Laufe der Zeit sich auf eine so merkwürdige Weise geändert hätte, so müßten wir uns doch billig wundern, daß uns davon in unseren Rechtsquellen gar nicht das Mindeste angedeutet wird. Besonders da uns doch sowohl im älteren, als im neueren römischen Rechte, die Condictio furtiva so bestimmt, ausdrücklich und geflissentlich als die einzige Ausnahme genannt wird [1]) und nichts natürlicher gewesen wäre, als, bei dieser Gelegenheit und Veranlassung, auch jene angeblich frühere Bedeutung von Dare, in Beziehung auf die Condictionenlehre, zu berühren.

Allein es widerspricht auch ferner diese Theorie dem ganzen Geiste des römischen Rechtes und seinem geschichtlichen Entwickelungsgange. Denn, so oft es auch im römischen Rechte vorkommt und so natürlich sich das auch aus der Eigenthümlichkeit desselben erklärt, daß ein ursprünglich sehr enger Rechtsbegriff sich allmählig, im Laufe der Zeiten, erweiterte [2]), weil sich das Bedürfniß für das Leben selbst erweiterte: so ungewöhnlich erscheint es, daß der ursprünglich weite Begriff sich, gleichzeitig mit der Fortbildung des Rechtszustandes, in engere Grenzen zurückzieht. Besonders

---

1) §. 14. J. 4, 6. Gaii Comm. IV. 4.

2) Beispiele liefern die gerade hier so nahe liegenden Begriffe *condictio*, *actio*, *obligatio*. *exceptio*.

da im vorliegenden Falle der weitere Rechtsbegriff, wie er ursprünglich gewesen sein soll, offenbar weniger einfach, weit verwickelter ist, und weit mehr juristische Abstraction voraussetzt, als der angeblich später entstandene, engere.

Endlich fällt auch der ganze Grund zu jener neuen Theorie über *dare* und *dare oportere*, welcher ihre Aufstellung erst veranlaßt hat, von selbst hinweg, sobald wir nur diejenige Stellen, welche Anstoß gegeben haben und in welchen ein solcher weiterer Begriff von Condictio vorkommen soll, genauer beleuchten. Es sind folgende:

[1]) Ulpianus lib. 34. ad Sabinum.

„Res pignori data, pecunia soluta, condici potest."

Hasse bemerkt selbst, daß auf diese Stelle darum weniger Gewicht zu legen sei, weil vielleicht *pignori* für *fiducia* eingeschoben worden sei. Allein wir bedürfen gar nicht eines solchen Auskunftsmittels. Denn, nach dem ganzen Zusammenhange dieser Worte mit den unmittelbar folgenden:

„et fructus ex injusta causa percepti condicendi sunt."

ist hier, wie schon die Glosse richtig bemerkt, von der furtiva Condictio die Rede, indem eine diebische Contrectation dabei vorausgesetzt wird, wie eine solche ja sehr wohl von Seiten des Pfandgläubigers vorkommen kann [2]).

Wenn ferner

[3]) Paullus lib. 21. ad Edictum

sagt:

„Competit etiam condictio depositae rei nomine, sed non ante, quam quid dolo admissum sit; non enim quemquam hoc ipso, quod depositum accipiat, condictione obligari constat, verum quod dolum malum admiserit."

1) fr. 4. §. 1. D. 13, 1.

2) §. 6. J. 4, 1. — fr. 46. pr. D. 47, 2.

3) fr. 13. §. 1. D. 16, 3.

so weist wieder der ganze innere Zusammenhang darauf hin, daß hier nur die furtiva Condictio gemeint ist. Denn wozu sonst, als wesentliche Voraussetzung des Condicirens, der begangene dolus malus? Daß aber der Depositar an der deponirten Sache ein Furtum begehen könne, ist bekannt [1]).

Endlich sagt zwar

[2]) ULPIANUS lib. 18. ad edictum.

„Sed et ei, qui vi aliquem de fundo dejecit, posse fundum condici, SABINUS scribit. Et ita et CELSUS; sed ita, si dominus sit, qui dejectus condicat; ceterum si non sit, possessionem eum condicere CELSUS ait."

so wie derselbe

[3]) ULPIANUS lib. 41. ad Sabinum.

„Unde quaeritur, si quis de fundo vi dejectus sit, an condici ei possit, qui dejecit? LABEO negat, sed CELSUS putat, posse condici possessionem, quemadmodum potest, re mobili subrepta."

Allein auch in diesen Stellen ist nur von einer, der furtiva Condictio analog nachgebildeten Klage die Rede, nicht von einer certi condictio anderer Art. Das beweisen nicht blos die Schlußworte der letzteren Stelle: „quemadmodum potest, *re mobili subrepta*" und der Titel *de furtis*, worin sie steht, sondern noch deutlicher die unmittelbar vorausgehenden Worte:

„Verum est, quod plerique probant, fundi furti agi non posse."

Eben so entscheidend ist, in Rücksicht der ersteren Stelle und ihrer richtigen Erklärung, theils der Umstand, daß die dort erwähnte Condictio blos dem Eigenthümer gestattet

---

1) §. 6 u. 7. J. 4, 1. — fr. 1. §. 2. D. 47, 2. — fr. 16. D. 12, 1.

2) fr. 2. D. 13, 3.

3) fr. 25. §. 1. D. 47, 2.

wird, gerade ſo, wie blos der Eigenthümer die furtiva Condictio anſtellen kann, theils der Schluß des unmittelbar vorhergehenden, ebenfalls von Ulpian herrührenden Fragmentes:

„Rem autem suam per hanc actionem (condictionem triticariam) nemo petet, nisi ex causis, quibus potest, *veluti ex causa furtiva, vel re mobili vi abrepta.*“

woraus der unmittelbare Zuſammenhang mit der furtiva Condictio hervorgeht. Denn beide Fragmente hängen ſo mit einander zuſammen. In dem erſteren bemerkt Ulpian, nachdem er den allgemeinen Begriff der Condictio triticaria aufgeſtellt, und ihre Anwendung namentlich auch auf Grundſtücke, Fundi hervorgehoben hat, ſchließlich, daß auch dieſe Condictio, wie alle Condictionen, blos dem Nichteigenthümer zuſtehen, den einzigen, von den Geſetzen beſtimmten Fall des Furti und der furtiva Condictio ausgenommen. Wenn nun derſebe Ulpian in dem unmittelbar darauf folgenden Fragmente dennoch ſagt, auch der Eigenthümer des Fundus, von dem er gewaltſam dejicirt worden, dürfe condiciren, ſo kann das unmöglich einen anderen Sinn haben, als den, der Eigenthümer könne, nach Analogie der furtiva Condictio, condiciren. Denn geſtattete er eine andere Condictio, ſo widerſpräche er ſich ja ſelber geradezu. Iſt aber die von ihm geſtattete Condictio blos eine, analog auch auf Fundi angewendete furtiva Condictio, ſo paßt alles genau, und iſt nur eine weitere Erklärung des unmittelbar vorher ausgeſprochenen Prinzipes. Daß es ſchlechtweg heißt: posse fundum *condici* ſteht natürlich nicht entgegen, indem in dem ganzen Titel de condictione furtiva, welcher von dem de condictione triticaria nur durch den, blos ein Paar Worte enthaltenden Titel de condictione ex lege getrennt iſt, die Condictio furtiva regelmäßig durch die Ausdrücke *condicere* und *condictio* ſchlechtweg bezeichnet wird. Ja! es wird ſogar umgekehrt im Titel de condictione

triticaria diese regelmäßige Condictio, wovon er dort zunächst handelt, nicht wie im fr. 2. geschieht, schlechtweg durch condictio und condicere, sondern durch *haec actio* bezeichnet [1]). Ein neuer Beweis, daß im fr. 2. nicht von der gewöhnlichen triticaria Condictio die Rede ist.

Dieser Ansicht ist auch der Scholiast zu den Basiliken [2]), indem er bemerkt:

„Ὅθεν ἐζητήθη, ἐάν τις κατὰ βίαν ἐξελαθῇ τοῦ ἀγρου, ἐι δύναται κινεῖν τὸν κονδικτίκιον κατὰ τοῦ ἐξελάσθεντος. καὶ ὁ Λαβεὼν καὶ ὁ Κέλσος νομίζουσι, δυνάσθαι κινεῖν ἀυτὸν κονδικτίκιον, ὀυκ ἐπὶ ἀπαιτήσι μέντοι τοῦ ἀγρου, ἀλλὰ τῆς νόμης ἀυτου μόνον, ἧς ἐξέπεσεν ὁ ἐξελαθεὶς τοῦ ἀγρου, ὥσπερ ἐι κινητὰ πράγματα ἀφαιρεθῇ.“

Nach Fabrots Uebersetzung:

„Unde quaeritur, si quis vi fundo dejiciatur, an possit agere condictione in eum, qui dejecit. Et Labeo et Celsus putant, posse, non repetendi agri, sed possessionis tantum ademtae causa, *sicut si res mobilis auferatur*.“

Zwar nennt der Scholiast späterhin die hier in Frage stehende Condictio eine triticaria Condictio. Allein das enthält mit dem Vorhergehenden keinen Widerspruch. Denn auch die furtiva Condictio kann, nach der römischen Ansicht, eine triticaria sein, und ist es wirklich hier, weil jede, auf einen Fundus gerichtete Condictio, schon wegen dieses Gegenstandes unter den Begriff der triticaria Condictio fällt [3]). Daher hat auch die Glosse ad fr. 2. D. 13, 3. nicht Unrecht, wenn sie die Condictio desjenigen, qui vi de fundo dejectus est, für eine triticaria erklärt. Denn es

1) fr. 1. u. 3. D. 13, 3.

2) Bei Fabrot tom. VII. pag. 231 u. 232.

3) fr. 1. §. 1. D. 13, 3.

iſt die furtiva Condictio, in derjenigen Form, die alle Condictionen annehmen können, in Form der triticaria Condictio.

Uebrigens erklärt ſich jene analoge Ausdehnung der furtiva Condictio ſehr einfach aus der Geſchichte der Lehre vom Furtum.

Urſprünglich konnte nämlich auch an unbeweglichen Sachen, an Grundſtücken, durch gewaltſame Dejection des Eigenthümers aus dem Beſitze, ein Furtum eben ſo gut begangen werden, als an beweglichen Sachen durch heimliche, oder gewaltſame Beſitzentſetzung des Eigenthümers [1]). Daher ſtand unbedenklich dem Eigenthümer, welcher gewaltſam aus dem Beſitze ſeines Grundſtückes entſetzt worden, zur Wiedererlangung deſſelben, die Condictio furtiva zu. Allein, nach langem Schwanken [2]), behielt die Anſicht, daß nur an beweglichen Sachen ein Furtum begangen werden könne, die Oberhand [3]).

Dennoch geſtattete wenigſtens ein Theil der römiſchen Juriſten, ganz nach der Analogie der Condictio furtiva bei beweglichen Sachen, auch noch ſpäterhin demjenigen, welcher gewaltſam aus dem Beſitze ſeines Grundſtückes entſetzt worden, eine Condictio. Labeo war dagegen, aber Sabinus und Celſus, denen auch Ulpian beiſtimmt, waren für die Geſtattung der Condictio — *posse condici* — und zwar mit der ausdrücklichen Bemerkung: *quemadmodum potest, re mobili subrepta,*“ welche unbezweifelt auf eine Ausdehnung der furtiva Condictio hinweiſt. Gerade darum war Celſus für das Geſtatten der Condictio lediglich unter derſelben Beſchränkung, unter welcher allein aus

---

1) Gaii Comm. II, 51.

2) Gellius Noct. att. lib. XI. cap. 18. — §. 7. J. 2, 6. — Gaii Comm. II. 51. — fr 38. D. 41, 3.

3) fr. 25. §. 1. D. 47, 2. u. die unter Not. 2. cit. Stellen.

dem eigentlichen Furtum die Condictio furtiva Statt findet. So wie nämlich letztere blos dem Eigenthümer der gestohlenen beweglichen Sache zusteht, eben so soll auch nur der gewaltsam vom Grundstücke entsetzte Eigenthümer das Grundstück condiciren können. *Sed ita, si dominus sit, qui dejectus condicat.*" Nur läßt Celsus auch für den gewaltsam entsetzten Nichteigenthümer des Grundstückes ein Condiciren zu, nämlich in Rücksicht der Possessio. **Ceterum si non sit, (dominus) possessionem eum condicere Celsus ait.**" Wie diese letztere Condictio sich verhält zu dem *interdictum de vi et vi armata*, welches ebenfalls oft den Diebesklagen theils entgegen, theils an die Seite gestellt wird, als ein Rechtsmittel, was in Rücksicht der Grundstücke denselben Zweck habe, wie die Klagen aus dem Furtum in Rücksicht beweglicher Sachen [1]), das mag hier, als zu weit abführend, unerörtert bleiben.

Das Resultat dieser ganzen bisherigen Untersuchung ist nun, daß alle jene Fälle, in denen auch dem Eigenthümer der Sache die Condictio derselben gestattet wird, in der That sich auf die einzige, schon von den Römern selbst scharf, als solche, bezeichnete Ausnahme der Condictio furtiva, theils der eigentlichen, theils der ihr analog nachgebildeten zurückführen lassen. Denn, daß sie ihr nachgebildet ist, leidet wohl, nach der bisherigen Auslegung der Pandektenfragmente, keinen Zweifel. Nur enthielt man sich begreiflich, um nicht durch den Namen Anstoß zu geben, dabei des Beisatzes: furtiva. Das ändert aber ihren wahren Charakter nicht im Mindesten.

Eine andere Ansicht von der Bedeutung des Wortes Dare ist aufgestellt worden von Bucher [2]). Danach soll Dare, im Gegensatze von Facere, ausgedehnt werden

---

1) Z. B. fr. 1. §. 6. u. 34. D. 43, 16.

2) Recht der Foderungen §. 32.

auf alle Obligationen, deren Gegenſtand eine Sache, Res, im eigentlichen Sinne des Wortes iſt, eine Res corporalis, oder incorporalis. Allein dieſer Anſicht, wonach namentlich auch das Cediren einer Obligatio, oder Actio zu dem Dare zu zählen, ſteht der ganze Sprachgebrauch unſerer Rechtsquellen entgegen [1]). Ueberhaupt bildet ja auch niemals eine Sache, ſondern immer nur eine Handlung, oder Leiſtung den eigentlichen Gegenſtand der Obligatio.

Endlich darf weder mit der bisher erörterten weiteren, noch mit der engeren Bedeutung von Dare verwechſelt werden ein von beiden ganz verſchiedener, ſehr ſpezieller, eigenthümlicher Sprachgebrauch des römiſchen Rechts, wonach Dare geradezu zur Bezeichnung eines Falles des eigentlichen Facere, oder Präſtare gebraucht wird. Das iſt die in unſeren Rechtsquellen unzählige Mal, beſonders im Verhältniſſe des Libertus zu dem Patronus wiederkehrende techniſche Redensart: *operas dare* [2]), während es doch keinem Zweifel unterliegen kann, daß dieſes zu dem Facere gehört [3]). Es iſt dieſer eigenthümliche Sprachgebrauch um ſo auffallender, weil wir ihn ſelbſt bei der Faſſung der Stipulationsformeln, wobei es bekanntlich mit dem Unterſchiede zwiſchen dem Dare und Facere am ſtrengſten genommen wird, angewendet finden [4]).

---

1) Rubo a. a. O. S. 20 u. 21.

2) Z. B. Gai. (Visig.) lib. II tit. 9. §. 4. — fr. 38. D. 45, 1. — fr 8. pr. fr. 10. pr. fr. 15. §. 1. fr. 16. §. 1. fr. 22. §. 1. fr. 23. pr. fr. 26. §. 1. fr. 30. pr. fr. 39. pr. D. 38, 1. Eben ſo kommt vor *munus dare*. fr. 49. §. 4. D. 31. — Gai. c. l.

3) fr. 72. pr. D. 45, 1.

4) Z. B. fr. 10. pr. fr. 24. fr. 37 u. 39. D. 38, 1.
„Servus patroni a liberto male ita stipulatur: *Operas mihi dare spondes?* Itaque *patrono dari* stipulandum est.“
„Si ita stipulatio a patrono facta sit: Si decem dierum operas non dederis, viginti nummos dare spondes? videndum est caet.“

Ein Mangel an anderen passenden Ausdrücken kann ihn nicht wohl veranlaßt haben, weil für *dare operas* sehr oft auch andere Redensarten in den Quellen vorkommen, wie z. B. *praestare, reddere, edere operas*[1]). Vielmehr erklärt sich jener Sprachgebrauch vielleicht eher aus dem eigenthümlichen Verhältnisse, welches bei den Stipulationen der operae liberti eintrat. Denn es wurden diese Stipulationen in mancher Beziehung anders behandelt, wie die gewöhnlichen Faciendi Stipulationes; ja! man kann sagen, dergleichen versprochene Operä wurden mehr wie Res behandelt, als wie Facta. Namentlich werden sie geradezu mit Rebus, z. B. mit der *pecunia credita* verglichen[2]).

Jedenfalls beruht aber diese Bedeutung von Dare auf einer singulären Terminologie, welche mit derjenigen, die uns hier zunächst beschäftigt, nicht unmittelbar zusammenhängt.

§. 4.

Allgemeine Bemerkungen über das Dare.

Knüpfen wir nun an den bisher aufgestellten Begriff des Dare im engeren Sinne, im Gegensatze von Facere, noch einige allgemeine, dessen Wesen betreffende Bemerkungen.

1) Wenn gleich die Ausdrücke Dare und Facere im weiteren Sinne auch bei Obligationen, welche bonä Fidei Judicia begründen, gebraucht werden, so beschränkt sich doch ihr strengerer, technischer Sinn auf das Verhältniß von stricti Juris Obligationen. Denn es wird sich weiter unten zeigen, daß der eigentlichen Gegenstand der bonä Fidei

---

1) fr. 12. 15. §. 1. fr. 16. §. 1. fr. 18. 19. 20. §. 1. fr. 23. pr. fr. 31. 34. D. 38, 1.

2) fr. 22. pr. D. 38, 1. Verb. aliud enim est de *operis*, aliud de *ceteris rebus*. fr. 4. D. eod. Verb. perinde enim operae a libertis, ac *pecunia credita* petitur.

Obligationen zunächst weder ein Dare, noch ein Facere, sondern ein Prästare bildete.

2) Allerdings kommt bei einer jeden auf Dare gerichteten Obligatio auch zugleich nebenbei ein Facere in Betracht, namentlich überall, wo von Uebertragung wahren Eigenthumes die Rede ist; denn da liegt dem Debitor, als einzig mögliches Mittel zum Zwecke der Bewerkstelligung des Dare, eine Obligatio *ad tradendam rem* ob [1]. Zum Theil auch bei der übernommenen Verbindlichkeit zur Constituirung einer Servitut, so weit nämlich dazu überhaupt eine Tradition erfordert wird. Dieses Tradere ist aber bekanntlich ein wahres Facere. Daher bemerkten die römischen Juristen sehr richtig, das *dare* sei eigentlich ein *facere, ut alius habeat*, und sprechen in dieser Beziehung von dem *factum dandi*.

[2]) Gaius lib. 3. de legatis ad Edict. Praetoris.

„Si heres jussus sit *facere, ut Lucius certum habeat*, cogendus est heres certum *dare*; quia nemo facere potest, ut ego habeam certum, nisi mihi dederit."

[3]) Paullus lib. 15. Quaest.

„Mihi Romae, aut Ephesi Titio dari stipulor. An solvendo Titio Ephesi a me liberetur, videamus. Nam si *diversa facta* sunt, ut Julianus putat, diversa res est. Sed cum praevaleat *causa dandi*, liberatur."

Allein dieses Facere kommt doch nur ganz secundär bei dem Dare in Betrachtung, verhält sich zu demselben nur als Mittel zum Zwecke. Daher sagt auch Paullus

---

1) §. 27. J. 3, 20.

„Si fundum dari stipuleris, vel hominem. non poteris continuo agere, nisi tantum spatium praeterierit, quo traditio fieri possit."

fr. 4. pr. D. 22, 1. Verb. sive effectum per traditonem caet.

2) fr. 73. pr. D. 30.

3) fr. 98. §. 6. D. 46, 3.

ausdrücklich: *praevalet causa dandi.* Daher ferner lautet die Klagformel, womit die dandi obligatio verfolgt wird, blos auf *dare oportere*, nicht auf *dare facere oportere*, wie bei der faciendi und praestandi obligatio, wovon weiter unten. Daher endlich bemerkt derselbe Paullus an einem anderen Orte, wer zum Dare verpflichtet sei, sei eben nur *ad dandum*, nicht auch zugleich *ad faciendum* obligirt.

[1]) Paullus lib. 17. ad Plautium.

„Considerantibus, utrum, quemadmodum in vindicatione hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpae hujus nomine tenetur possessor, ita et cum *dari* promisit: an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? quod magis probandum est: *quia qui dari promisit, ad dandum, non faciendum* tenetur."

3) So wie in gewisser Beziehung, als Mittel zum Zwecke, dem Dare oft eine Art Facere zum Grunde liegt, eben so kann umgekehrt das Facere, seinem Erfolge, seiner Wirkung nach, zu wahrer Eigenthumsübertragung führen. Das ist der Fall, wenn da, wo jemand, welcher zunächst zum Tradere verpflichtet ist, unter solchen Umständen tradirt, unter welchen die Tradition wirklich den Empfänger zum Eigenthümer machen kann und soll. So wird sehr oft eine auf *tradere rem* gerichtete Stipulation, in Gefolge der wirklich vorgenommenen stipulationsmäßigen Tradition, zur Eigenthumsübertragung führen. Z. B. wenn derjenige, welcher aus einem Kaufcontrakte Anspruch auf die Sache hat, sich ausdrücklich durch Stipulation [2])

1) fr. 91. pr. D. 45, 1.

2) Es könnte auffallen, warum hier nicht das scheinbar weit näher liegende Beispiel der Verbindlichkeit des Verkäufers aus dem Kaufcontracte selbst zur Tradition der Sache, mit dem Erfolge der Eigenthumsübertragung, erwähnt wird. Aber mit Fleiß ist dieses Beispiel nicht gewählt worden. Denn der Kaufcontract begründet ein bonä Fidei Ju-

ihre Tradition verſprechen läßt. Aber troß dem geht eine ſolche Obligatio nicht über in eine auf Dare gerichtete. Denn ſie bleibt immer, ihrem eigentlichen Gegenſtande nach, nur eine Faciendi Obligatio und der zufällige, oder auch vielleicht ſogar regelmäßige natürliche Erfolg des obligationsmäßigen Facere darf mit dem eigentlichen Gegenſtande der Obligatio nicht verwechſelt werden.

4) Nur derjenige iſt zum Dare verpflichtet, welchem obligationsmäßig die poſitive Leiſtung obliegt, das Eigenthum, oder eine Servitut auf den Andern zu übertragen. Dagegen die negative Verpflichtung *ad non dandum* begründet eine Faciendi Obligatio. Denn das *non dare* ſteht dem *non facere* überhaupt gleich und auch das *non facere* als Gegenſtand der Obligatio, iſt ein *facere* [1]. Um ſ[o] mehr, da ja das *non dare* den reinen Gegenſatz des *da*[re] bildet.

5) Nicht nur dann iſt eine obligatio ad dandum [vor]handen, wenn ſie darauf geht, daß der eigentliche Er[folg] aus der Obligatio, alſo z. B. der Stipulator zum [Eigen]thümer gemacht werden ſoll, ſondern auch dann, wen[n] Inhalte der Stipulatio nach, das Eigenthum der [...] auf einen Dritten übertragen werden ſoll. Vora[us...] natürlich, daß die Obligatio überhaupt, in dieſer [...]

---

dicium und die Verbindlichkeiten der Contrahenten gegen[...] der Emtio Venditio ſind eben deßhalb zunächſt und [...] weder auf Dare, noch auf Facere, ſondern auf ein [...] gerichtet. Allerdings kommt dabei ein Dare und F[acere ...] weitern Sinne oft zur Sprache und namentlich iſt in d[...] Verkäufer *ad tradendam rem*, alſo zu einem Facere [...] Aber das iſt, wie ſich weiter unten zeigen wird, [...] den vielen möglichen, oder auch gewöhnlichen Arten, [...] Präſtare äußern, wie der Präſtationsverbindlichkeit G[...] werden kann. Die Verbindlichkeit ſelbſt bleibt imme[r ...] Präſtare gerichtet.

1) S. weiter unten



Fassung, … Wirksamkeit ist, indem der Stipulator sich
ein eigen… e, auf das Dare an den Dritten zu
… durch geschaffen, daß er, für den Fall
… ch selber eine … stipulirt hat [1]).
… er Promitten… che an den Drit-
… Stipulator … bezahlen, immer
… len, *ad* … girt, indem ja
… , ihrem … nach, auf Dare

… ings n… *dandi* obligatio
… h der … Stipulatio, das
… der vo… er Gewalt unter-
… hen s… wenn das Dare
… daß e… Dritten, dem wir
… en, … so ist zwar die
… nbed… er an sich unwirk-
… in … ersprechenden, eine
… ig… ache Grund davon
… bligatio überhaupt,
… rksamkeit zugeschrie-
… n die übernom…
… n, dafür so…
… *rum se*, c…
Das ist a…
Theo…
Wei…

… eser Stelle
… t. Idem si
… l. fin. §. fin.

ihre Tradition versprechen läßt. Aber trotz dem geht eine solche Obligatio nicht über in eine auf Dare gerichtete. Denn sie bleibt immer, ihrem eigentlichen Gegenstande nach, nur eine Faciendi Obligatio und der zufällige, oder auch vielleicht sogar regelmäßige natürliche Erfolg des obligationsmäßigen Facere darf mit dem eigentlichen Gegenstande der Obligatio nicht verwechselt werden.

4) Nur derjenige ist zum Dare verpflichtet, welchem obligationsmäßig die positive Leistung obliegt, das Eigenthum, oder eine Servitut auf den Andern zu übertragen. Dagegen die negative Verpflichtung *ad non dandum* begründet eine Faciendi Obligatio. Denn das *non dare* steht dem *non facere* überhaupt gleich und auch das *non facere*, als Gegenstand der Obligatio, ist ein *facere* [1]). Um so mehr, da ja das *non dare* den reinen Gegensatz des *dare* bildet.

5) Nicht nur dann ist eine obligatio ad dandum vorhanden, wenn sie darauf geht, daß der eigentliche Creditor aus der Obligatio, also z. B. der Stipulator zum Eigenthümer gemacht werden soll, sondern auch dann, wenn, dem Inhalte der Stipulatio nach, das Eigenthum der Sache auf einen Dritten übertragen werden soll. Vorausgesetzt natürlich, daß die Obligatio überhaupt, in dieser letzteren

---

dicium und die Verbindlichkeiten der Contrahenten gegeneinander aus der Emtio Venditio sind eben deßhalb zunächst und eigentlich weder auf Dare, noch auf Facere, sondern auf ein Prästare gerichtet. Allerdings kommt dabei ein Dare und Facere im weitern Sinne oft zur Sprache und namentlich ist in der That der Verkäufer *ad tradendam rem*, also zu einem Facere verbunden. Aber das ist, wie sich weiter unten zeigen wird, nur eine von den vielen möglichen, oder auch gewöhnlichen Arten, wie sich das Prästare äußern, wie der Prästationsverbindlichkeit Genüge geleistet werden kann. Die Verbindlichkeit selbst bleibt immer zunächst auf Prästare gerichtet.

1) S. weiter unten

Fassung, von Wirksamkeit ist, indem der Stipulator sich ein eigenes Interesse, auf das Dare an den Dritten zu bringen, künstlich dadurch geschaffen, daß er, für den Fall des Nichtgebens, sich selber eine Pöna stipulirt hat[1]). Denn, es mag jetzt der Promittent die Sache an den Dritten geben, oder dem Stipulator die Pöna bezahlen, immer ist er, in beiden Fällen, *ad dandum* obligirt, indem ja auch die stipulirte Pöna, ihrem Gegenstande nach, auf Dare gerichtet ist[2]).

Dagegen ist allerdings nur dann eine *dandi* obligatio vorhanden, wenn, nach der Fassung der Stipulatio, das Dare von uns selbst, oder von einer, unserer Gewalt unterworfenen Person geschehen soll. Denn, wenn das Dare so versprochen wird, daß es von einem Dritten, dem wir nichts zu befehlen haben, ausgehen soll, so ist zwar die Obligatio selbst nicht unbedingt und immer an sich unwirksam, aber jedenfalls, in Rücksicht des Versprechenden, eine bloße Faciendi Obligatio. Der einfache Grund davon ist der, weil sich ja, wo einer solchen Obligatio überhaupt, nach Ansicht des römischen Rechtes, Wirksamkeit zugeschrieben wird, von Seiten des Promittenten die übernommene Verbindlichkeit auflöst in das Versprechen, dafür sorgen zu wollen, daß der Dritte gebe — *effecturum se, curaturum se, id acturum se, ut tertius det*[3]). Das ist aber offenbar ein reines Facere. Daher sagt auch Theophilus ausdrücklich, derjenige, welcher auf diese Weise ein fremdes Dare verspreche, verspreche sein eigenes Factum[4]).

---

1) §. 19 J. 3, 20 — Theophilus ad h. l.

2) §. 19. J. 3, 20. — fr. 118. §. 2. D. 45, 1.

3) §. 3. J. 3, 20. — fr. 81. pr. fr. 83. pr. D. 45, 1.

4) Theophilus ad §. 3. J. 3, 20. Auch die Glosse zu dieser Stelle bemerkt: tunc enim suum *factum* manifesto promittit. Idem si dixit, se curaturum, ut fiat. ut ff. si certum petatur l. fin. §. fin.

Der Umſtand, daß der Promittent hinterdrein wirklich den Dritten dazu veranlaßt, das Dare vorzunehmen, macht die Obligatio nicht zu einer Dandi Obligatio. Denn der Dritte, indem er das Dare vornimmt, erfüllt, dem Stipulator gegenüber, keine Obligatio, weil er ihm ja gar nichts ſchuldig war. Eben ſo wenig der Umſtand, daß der Promittent wenigſtens unter Umſtänden, dem Stipulator das Intereſſe leiſten muß, wenn er ſein Verſprechen nicht hält und nicht dafür ſorgt, daß der Dritte das Dare vornimmt. Denn, obgleich die Leiſtung des Intereſſes in Geld geſchieht und alſo ein Dare begründet, ſo bleibt dennoch die urſprüngliche Faciendi Obligatio unverändert eine ſolche. Das hängt

6) zuſammen mit folgender allgemeineren Bemerkung, welche zur Charakteriſirung des Dare und der Dandi Obligatio dient. Nur dann iſt nämlich eine ſolche vorhanden, wenn die Obligatio gleich anfangs, ihrem Urſprunge, ihrer erſten Abſchließung nach, zunächſt auf ein Dare gerichtet war. Wenn ſie dagegen urſprünglich auf ein Facere gerichtet war, und ſich nur etwa ſpäterhin bei der Erfüllung, oder ſonſt in ein Dare, namentlich in die Leiſtung des Intereſſe auflöſt, ſo bleibt ſie immer noch, ihrem Weſen nach, Faciendi Obligatio. Denn das kann bei allen auf Facere gerichteten Obligationen vorkommen, würde alſo gewiſſermaaßen den ganzen Begriff derſelben zerſtören. Ja! ſelbſt der Umſtand, daß die Klage aus der *faciendi* obligatio vielleicht gar nicht auf das eigentliche Factum, ſondern nur auf das Intereſſe, alſo auf Geld, und demgemäß, dem Erfolge nach, auf ein Dare gerichtet werden darf, ändert an dem Begriffe der urſprünglichen Faciendi Obligatio nichts. Das zeigt ſich beſonders bei der auf Facere gerichteten Stipulation. Denn daraus kann niemals, nach römiſchem Rechte, auf das Factum ſelbſt geklagt werden, ſondern immer nur

auf das id, quod interest[1]. Und dennoch heißt und bleibt sie eine wirkliche Faciendi Obligatio.

7) Unter den angegebenen Voraussetzungen ist es für den Begriff des Dare, an und für sich, einerlei, es mag nun von dem einmaligen Geben einer Sache, oder von einem von Zeit zu Zeit zu wiederholenden Dare, z. B. von: annua, menstrua dare die Rede sein; es mag ferner die Obligatio blos auf ein Dare, oder alternativ auf ein Dare, oder Facere gerichtet sein, indem sie jedenfalls, der einen Alternative nach, eine Dandi Obligatio bleibt; es mag ferner den Gegenstand des Dare ein Certum bilden, oder ein Incertum. Denn, obgleich nur da, wo das Dare auf ein Certum gerichtet ist, auf *dare oportere* geklagt werden konnte, während da, wo ein Incertum der Gegenstand war, auf *dare facere oportere* geklagt werden mußte[2], so hatte doch diese Verschiedenheit der Formel auf den allgemeinen Begriff des Dare keinen Einfluß, sondern hieng mit ganz anderen Eigenthümlichkeiten zusammen.

§. 5.

Was heißt Facere?

An die Entwickelung des Begriffes Dare knüpfen wir jetzt die des Begriffes Facere. Da übrigens manches Einzelne dahin gehörende schon bei dem Dare eingeflochten werden mußte, so können wir hier weit rascher vorschreiten und oft wird eine bloße Verweisung auf Früheres genügen.

I. In einem sehr weiten Sinne des Wortes bezeichnet Facere, als Gegenstand der Obligatio betrachtet, (denn natürlich nur davon ist hier die Rede,) eine jede mögliche

---

1) fr. 13. §. 1. D. 42, 1. — fr. 3. D. 2, 5. — fr. 72. pr. D. 45, 1. Verb. Celsus tamen. Wie das zusammenhängt, darüber werde ich mich weiter unten genauer erklären.

2) Gaii Comm. IV. 54 u. 131.

Leiſtung, auf welche überhaupt eine Obligatio gerichtet ſein kann, ſie beſtehe nun in dem Uebertragen einer Sache zum Eigenthume, oder in der Conſtituirung einer Servitut, oder in etwas anderem; ſie beſtehe in dem Geben, Hingeben einer Sache zu irgend einem Zwecke, oder in einem Thun, was gar nicht mit dem Hingeben einer Sache zuſammenhängt; ſie beſtehe endlich in einem poſitiven Thun, oder in einem Unterlaſſen. In dieſer weiteren Bedeutung gehört alſo auch das Dare mit zu dem Facere, eben darum, weil es ebenfalls eine obligationsmäßige Leiſtung enthält.

[1]) Papinianus lib. 27. Quaest.

„Verbum *facere* omnem omnino faciendi causam complectitur, dandi, solvendi, numerandi, judicandi, ambulandi."

Damit hängt zuſammen, daß *facere* oft in der Rechtsſprache ſo viel bezeichnet, als *solvere*, durch obligationsmäßiges Leiſten den Anſprüchen des Creditors genügen. Daher die bekannten Redensarten: *satis facere* — judicatum facere — condemnari in id, quod facere possumus [2]).

II. In einem anderen Sinne bezeichnet Facere eine jede obligationsmäßige Leiſtung, welche nicht zunächſt auf das Hingeben, Weggeben einer Sache gerichtet iſt, ohne Rückſicht auf den Zweck, wozu die Sache weggegeben wird, ob in das Eigenthum des Empfängers, oder anders wozu. In dieſem Sinne wird zwar das Facere allerdings dem Dare entgegengeſetzt, aber nur dem Dare im weiteren Sinne, wonach es nicht gerade Eigenthumsübertragung, ſondern nur überhaupt jedes obligationsmäßige Hingeben einer Sache bezeichnet. Dahin gehören die bekannten Rubriken, auf welche Paullus die jetzt ſ. g. unbenannten Realcontracte zurückführt: do ut facias — facio ut des — facio ut

1) fr. 218. D. 50, 16.

2) Brisson. Voc. *facere*.

facias [1]). Es genügt, in dieser Beziehung, auf dasjenige zu verweisen, was schon oben bei dem Dare gesagt worden ist [2]).

III. In dem strengsten Sinne, mit dem wir es hier zunächst zu thun haben, wo Facere bei stricti Juris Obligationen dem Dare entgegengesetzt wird, bezeichnet Facere jede obligationsmäßige Leistung, welche nicht, der ursprünglichen, ersten Abschließung des Obligationsverhältnisses nach, auf Eigenthumsübertragung, oder Constituirung einer Servitut gerichtet ist.

Zur Charakterisirung dieses Facere dienen folgende genauere Bestimmungen.

Es ist erstens ganz einerlei, ob sich die Leistung auf ein positives Thun, *facere*, *fieri* im grammatischen Sinne des Wortes bezieht, oder auf ein Unterlassen, *non facere*, *non fieri*. Denn auch letzteres ist eine Faciendi Obligatio.

[3]) „Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam *facta:* ut si stipulemur, aliquid fieri, *vel non fieri.*"

Eben so wenig hat auf den Begriff der Faciendi Obligatio Einfluß der Umstand, ob sich das Facere auf eine bestimmte Sache bezieht, welche etwa dem Creditor gegeben werden soll, oder nicht, ferner, im ersteren Falle, zu welchem Zwecke das Geben geschehen soll, wenn es nur nicht zum Zwecke der Eigenthumsübertragung, oder Servitutbestellung geschehen soll. Daß übrigens das Wesen der Faciendi Obligatio nicht ein Mal dadurch aufgehoben wird, wenn etwa die blos auf Tradere, also auf Facere ge-

1) fr. 5. pr. — §. 5. D. 19, 5.

2) S. ob. S. 227. u. f.

3) §. 7. J. 3, 16. Vergl. auch fr. 189. D. 50, 16.

richtete Obligatio, dem Erfolge nach, zur Eigenthumsübertragung führt, das iſt ſchon oben bemerkt worden [1]).

Dagegen bringt es zweitens das Weſen der Faciendi Obligatio mit ſich, daß ſie urſprünglich, zunächſt und unmittelbar, d. h. ihrem nächſten Gegenſtande nach, auf ein Facere gerichtet ſein muß. Das heißt, es muß die Obligatio, ihrem Gegenſtande nach, gleich anfangs in der Art contrahirt ſein, daß der Debitor, wenigſtens innerhalb der obligationsmäßig beſtimmten Zeit, durch das beſtimmte Facere, die Obligatio aufheben und ſich aller weiteren Verbindlichkeit daraus entziehen kann. Der Umſtand, daß entweder in Gemäßheit einer, für den Fall des nicht obligationsmäßig erfolgenden Facere ſtipulirten Pöna, oder in Gefolge eines allgemeinen Rechtsprinzipes, wie das namentlich bei der Stipulatio Facti eintritt, der Creditor ſpäterhin auf das id, quod intereſt, alſo auf eine Summe Geld, als Entſchädigung, was in der That zu einem Dare führt, klagen kann, oder ſogar klagen muß, indem ihm auf die Vornahme des verſprochenen Facti ſelbſt gar keine Klage zuſteht, dieſer Umſtand ändert die Natur der Faciendi Obligatio nicht. Denn nichts deſto weniger iſt doch die Obligatio, ihrem urſprünglichen Inhalte nach, auf ein wahres Facere gerichtet, es beſteht die eigentliche obligationsmäßige Solutio in der Vornahme des Facti, ohne daß der nachherige Erfolg, oder die Art, wie der Creditor klagend ſein Recht aus der Obligatio geltend machen kann, oder muß, hindernd entgegenſteht. Das beweiſt nicht blos der römiſche ſehr beſtimmte Sprachgebrauch, ſondern auch die ganze darauf conſequent gebaute Theorie der Facti Stipulatio.

Da, nach dem Bisherigen, alle obligationsmäßige Leiſtungen, mit einziger Ausnahme des Dare im engſten

---

1) S. ob. S. 253.

Sinne des Wortes, in das Gebiet des Facere gehören, so ist es drittens eigentlich gar nicht nothwendig, die einzelnen Fälle und Arten des Facere durchzugehen. Doch scheint es aus manchen anderen Gründen nicht unzweckmäßig, gewisse Arten des Facere, ihrem Wesen und ihrer technischen, quellenmäßigen Bezeichnung nach, genauer zu prüfen. Denn dadurch läßt sich am einfachsten, für den übrigen Theil unserer Abhandlung, manche scheinbare Schwierigkeit im Voraus heben, so wie manchen verwirrenden Mißverständnissen zeitig begegnen.

1) Zu dem Facere, gehört auch das *reddere*, welches etymologisch soviel bedeutet, als *retro dare*, also etwas, was man vorher empfangen hat, zurückgeben [1]).

Wie aber das Wort *dare* einen doppelten, einen weiteren und einen engeren Sinn hat, so auch dieses *reddere*, als *retro dare*. Zuweilen bezeichnet nämlich *reddere* ein solches Zurückgeben von Sachen, daß dadurch der Empfänger, welcher bisher noch kein Eigenthum daran hatte, erst jetzt zum Eigenthümer derselben gemacht werden soll. Das setzt meistens, als Gegenstand, voraus, res, quae numero, pondere, vel mensura consistunt und tritt z. B. ein bei der Obligatio ex Mutuo. Dann erscheint die Reddendi Obligatio, als wahre Dandi Obligatio. Darauf bezieht sich die Bemerkung von

[2]) Celsus lib. 20. Digest.

„Verbum reddendi, quamquam significatum habet *retro dandi*, recipit tamen et per se *dandi* significationem."

Aber noch häufiger wird Reddere gebraucht für das Zurückgeben von Sachen an den bisherigen Eigenthümer, welcher auch gar noch nicht aufgehört hat, Eigenthümer zu sein und eben deßhalb durch das Reddere nicht erst zum

1) fr. 94. D. 50, 16.

2) fr. 94. D. 50, 16.

Eigenthümer gemacht werden kann und ſoll. Dann liegt in dem Reddere mehr der Begriff eines *retro tradere*, alſo eines Facere. So nimmt das Wort

[1]) Pomponius lib. 22. ad Sabinum.

„Faciendi verbo reddendi etiam causa continetur."

2) Eine ähnliche Bewandniß hat es mit dem Worte *restituere*, welches zwar oft mit *reddere* zuſammenfällt, oft aber auch eine eigenthümliche Bedeutung hat [2]). In der Regel liegt darin nur ein *retro tradere* und alſo ein Facere.

[3]) Ulpianus lib. 78. ad Edict.

„Nemo *rem suam* utiliter stipulatur, sed pretium rei suae non inutiliter. *Sane rem meam mihi restitui*, recte stipulari videor."

Namentlich wird Reſtituere oft techniſch gebraucht, um die Verbindlichkeit des Beſitzers zu bezeichnen, dem vindicirenden Eigenthümer ſeine Sache zurückzugeben. So z. B. in der alten, bei dem Vindicationsprozeſſe vorkommenden Formel: *nisi restituat* [4]), und ſehr oft in unſeren Rechtsquellen [5]). Auſſerdem ſcheint aber auch Reſtituiren der techniſche Ausdruck geweſen zu ſein für das Herausgeben einer Sache von Seiten des Beklagten, in der Art, daß der Kläger alles erhält, was er gehabt haben würde, wenn er gleich zu Anfang des Prozeſſes die Sache erhalten hätte.

---

1) fr. 175. D. 50, 16. Vergl. auch fr. 1. §. 33. D. 16, 3.

2) fr. 22. fin. D. 50, 16.

„pleraque praeterea restitutionis verbo continentur."

3) fr. 82. pr. D. 45, 1. Vergl. auch c. 3. C. 8, 39. — fr. 1. §. 21. D. 16, 3.

4) Cic. Verr. II c. 2. u. 12. — Gai. Comm. IV. 47. — Lex Gall. Cisalp. cap. XXII. wo neben dare, facere, praestare, noch *restituere* vorkommt.

5) z. B. fr. 68. D. 6, 1. und in vielen anderen Stellen deſſelben Titels.

[1]) Paullus lib. 17. ad Edict,

„Restituere autem is intelligitur, qui simul et causam actori reddit, quam is habiturus esset, si statim judicii accepti tempore res ei reddita fuisset, id est et usucapionis causam et fructuum."

Indessen kommt Restituere in der That noch zuweilen vor für *retro dare* im eigentlichen Sinne, so daß also ein wahres Dare darin liegt. So namentlich, wenn die *restitutio dotis* stipulirt wird [2]).

Eine ganz ungewöhnliche und uneigentliche Bedeutung, wonach *restituere* für *praestare* im technischen Sinne des Wortes gebraucht wird, werden wir weiter unten kennen lernen [3]).

3) Auch *exhibere* ist ein Facere. Denn es bezeichnet zunächst technisch: *praesentiam corporis praebere* und wird, in dieser Beziehung, dem Restituere, welches mehr enthalte, entgegengesetzt [4]). Aber freilich, so wie die actio ad exhibendum allmählig über ihren ursprünglichen Zweck hinaus weiter ausgedehnt worden ist, eben so hat auch der Begriff Exhibere sich erweitert, indem er bald gleiche Bedeutung hat mit Restituere, bald sogar mit Dare.

4) Tradere wird im römischen Rechte immer zu dem Facere gezählt und bildet sogar oft, in dieser Beziehung, einen scharfen Gegensatz zu Dare [5]).

---

1) fr. 35. D. 50, 16. Vergl. auch fr. 22. u. fr. 75. D. eod.

2) c. 3. C. 8, 39.

3) Vergl. vorläufig §. 30. J. 4, 6.

4) fr. 22. D. 50, 16. Brisson. Voc. *exhibere*.

„Plus est in restitutione, quam in exhibitione. Nam exhibere est, praesentiam corporis praebere: restituére est, etiam possessorem facere, fructusque reddere."

5) fr. 6. §. 7. Verb. quod autem ad ipsa volumina rationum — fr. 1. pr. D. 22, 1. — fr. 28. D. 45, 1. — Vergl. überhaupt Brisson. voc. *tradere*.

§. 6.

Von der ſ. g. *mixta obligatio.*

So einfach nun auch der angegebene Begriff des Facere, im Gegenſatze des Dare, bei den ſtricti Juris Obligationen iſt, ſo hat man ihn doch ohne Noth verwirrt gemacht und Schwierigkeiten hineingetragen, durch das Mißverſtehen mancher, zum Theil ſehr zufälliger Ausdrücke und Wendungen in unſeren Rechtsquellen. Namentlich hat man viel Gewicht gelegt darauf, ob das Factum, worauf die Obligatio gerichtet iſt, ein *merum* s. *nudum* factum ſei, oder nicht und danach zwiſchen der *mera facti obligatio* und der *mixta*, welche, ihrem Gegenſtande nach, zum Theil auf ein Facere, zum Theil auf ein Dare gehe, unterſchieden. Je mehr praktiſche Folgen man nun daran geknüpft hat, deſto nothwendiger erſcheint eine genauere Prüfung derſelben.

Dabei zeigt ſich übrigens, daß es eigentlich mehrere ganz verſchiedene Dinge und Eintheilungsgründe ſind, welche man mit einander verwechſelt und zuſammengeworfen hat.

1) Am meiſten ſcheinen für das juriſtiſche Daſein einer ſolchen, ihrem Gegenſtande nach, aus Dare und Facere gemiſchten Obligatio, mit beſonderen Wirkungen, zu ſprechen zwei Pandektenſtellen, woran ſich eine Conſtitution von Juſtinian anſchließt.

[1]) Callistratus lib. 2. Quaest.

„Cum servus ita liber esse jussus sit, *si rationes reddiderit, eique fundum heres dare damnas sit:* videamus, utrum conditio libertati praeposita sit, an vero et legato. Et quidem, si libertati soli accipiamus praepositam, nullus tractatus amplius superest; nam legatum purum invenitur, et ideo inutile fit. Quod si conditio etiam legato insita sit, quod quidam recte

1) fr. 82. D. 35, 1.

putant, simul cum libertate dies quoque legati utiliter cedit. Quid ergo continetur his verbis: *si rationes reddiderit?* Quidam hoc ajunt, si reliqua reddiderit; quasi nihil intersit, utrum sub hac conditione: *si reliqua*, vel sub hac: *si rationes reddiderit. Sed nos neque conditionem meram putamus esse, quae in datione consistit, neque meram conditionem, quae in facto sit, sed eam conditionem, quae ex mixtura quadam consistit.* Nam non utique, si ille in folle reliqua obtulerit, liber erit; non enim testator hoc sensit; sed illud, ut rationes reddat, quomodo servus reddere solet, id est, legendas offerre rationes primum, deinde computandas, ut explorari possit, imputationes probe, an improbe referantur, accepta recte relata, an non recte. *Ita enim incipit quidem res a facto, pervenit autem ad pecuniam.*"

[1]) Ulpianus lib. ad Sabinum.

„Si quis non dare decem, sed rationibus redditis liber esse jussus sit, an ad emtorem transeat haec conditio, videamus. Et alias sciendum est, eas demum conditiones ad emtorem transire, quae sunt in dando; ceterum quae sunt in faciendo non transeunt, ut puta, si filium ejus litteras edocuerit. Hae enim personis eorum cohaerent, quibus adscribuntur. Rationum autem reddendarum conditio, *quod ad reliqua quidem attinet, in danda pecunia consistit, quod autem ad ipsa volumina rationum tradenda, percontandasque et examinandas rationes et dispungendas atque excutiendas, factum habet.*"

Es ist hier die Rede von bedingten Vermächtnissen und Freilassungen, zweien Rechtsgeschäften, welche beide stricti Juris sind. Die in Frage stehende Bedingung ist die *conditio*

1) fr. 6. §. 7. D. 40, 7.

rationum reddendarum und es wird von Ulpian und Calliſtratus unterſucht, ob ſie auf ein Dare, oder Facere gerichtet ſei. Beide Juriſten ſtimmen darin überein, daß, wenn man dieſe Bedingung in ihre einzelnen Beſtandtheile auflöſe, ſie zum Theil in *dando*, zum Theil in *faciendo* beſtehe. Denn Rechnung ablegen, die Bücher vorlegen, die einzelnen Poſten mit einander vergleichen, ſei ein wahres Facere. Dagegen den Ueberſchuß, *reliqua* herausgeben, ſei ein wahres Dare. Darum ſagt Calliſtratus, eine ſolche Bedingung beſtehe weder *mere in dando*, noch *mere in faciendo*, ſondern *ex quadam mixtura*. Es fange an mit einem Facere und ſchließe mit einer Geldzahlung, alſo mit einem Dare. *Incipit res a facto, pervenit autem ad pecuniam* [1]).

Fragen wir nun aber, ob in dieſen und ähnlichen Fällen wirklich eine, von der dandi und faciendi obligatio, ihrem Gegenſtande nach, verſchiedene dritte Art von Obligation begründet vorliege, ſo iſt dieſes ſicher zu verneinen. So wie überhaupt zwei verſchiedene Obligationen zwiſchen denſelben Perſonen vorkommen, und namentlich beide durch daſſelbe Rechtsgeſchäft herbeigeführt werden können, ſo wie ferner derſelben Perſon, unter Hinzufügung von zwei, der Faſſung nach, verſchiedenen Bedingungen, etwas zugeſichert werden kann: eben ſo kann in derſelben, einfach gefaßten Conditio eine doppelte Auflage liegen, von welcher die eine auf ein Dare, die andere auf ein Facere geht. Daß beide Verbindlichkeiten, welche von dem bedingt Berechtigten, erfüllt werden ſollen, in derſelben Bedingungsformel ausgedrückt liegen, und daß ſie mit einander in einem genauen Zuſammenhange ſtehen, das iſt rein zufällig und ändert an dem Weſen jeder einzelnen, für ſich zu be-

1) Ueber dieſe conditio rationum reddendarum iſt noch zu vergleichen fr. 37. D. 40, 5. fr. 111. D. 35, 1. — fr. 8. §. 5. D. 34, 3.

urtheilenden Obligatio nichts. Die einzige Eigenthümlichkeit besteht also hier lediglich in diesem zufälligen, formellen und materiellen Zusammenhange der beiden Obligationen. Beide müssen übrigens selbstständig und prinzipaliter neben einander bestehen, nicht etwa blos in der Art, daß, wenn die Faciendi Obligatio nicht erfüllt wird, sie nunmehr in eine Dandi Obligatio übergeht, wie das namentlich bei der Faciendi Obligatio aus Stipulationen immer regelmäßig der Fall ist [1]). Denn sonst ist nicht eine gemischte Obligatio vorhanden, sondern eine Faciendi Obligatio, welche nur, unter gewissen Umständen, in eine Dandi Obligatio transfundirt wird.

Auf diese Weise erhalten nun auch einige Worte Justinians, welche man sehr verschieden beurtheilt hat [2]), ihre einfache Erklärung.

[3]) Justinianus A. Juliano P. P.

„Veteris juris altercationes decidentes, generaliter sancimus, omnem stipulationem, sive in faciendo, sive in dando, sive mixta ex dando et faciendo inveniatur, et ad heredes et contra heredes transmitti, sive specialis heredum fiat mentio, sive non. Cur enim, quod in principalibus personis justum est, non ad heredes et adversus eos transmittatur? Et sic existimentur hujusmodi stipulationes, quasi tantummodo in dando fuerint conceptae caet.

Schon die Wendung: *stipulatio ex dando et faciendo mixta*, welche der bei Callistratus vorkommenden Redensart: *conditio, quae ex mixtura quadam consistit*, vollkommen entspricht, beweist, daß hier von demselben Gegenstande die Rede ist. Der speciellere Inhalt des ehemaligen

---

1) S. ob. S. 256. u. f.

2) Vergl. über die verschiedene Ansichten Bardili c. l. §. 3.

3) c. 3. C. 8, 38.

Streites unter den römischen Juristen selbst geht uns übrigens hier nicht weiter an, indem uns zunächst nur der Ausdruck und die Terminologie interessirt.

2) Viel Gewicht hat man ferner gelegt auf folgende Stelle von

[1]) Ulpianus lib. 7. Disputationum.

„Si quis *vacuam possessionem tradi* promiserit, *non nudum factum* haec stipulatio continebit, *sed causam bonorum.*"

Man hat nämlich daraus den Grundsatz abgeleitet, daß ein ganz anderes Verhältniß eintrete bei der Faciendi Obligatio, je nachdem sie sich auf ein *nudum factum* beziehe, oder auf ein *non nudum factum*. Namentlich soll zwar aus Stipulationen auf ein nudum factum nicht auf wirkliche Vornahme des Facti selbst geklagt werden dürfen, wohl aber aus Stipulationen, welche ein non nudum factum zum Gegenstande haben. Ueberhaupt hat man diese Stelle sehr verschieden ausgelegt [2]).

Gewöhnlich erklärt man die Worte: *sed causam bonorum* so: wer stipulationsmäßig verspreche: *vacuam possessionem tradi*, der verpflichte sich nicht blos zu einem Factum, nicht blos zu einem *tradere*, sondern der verspreche, das Eigenthum zu übertragen. Es liege also in jener Stipulation eine obligatio ad dandam rem ausgedrückt.

Von diesem Gesichtspunkte gehen auch in der That die Basiliken aus, indem sie die Worte Ulpians so übersetzen [3]):

„*Εάν τις ὁμολογήσῃ παραδιδόναι σχολάζουσαν νομὴν, οὐ ψιλὴν παράδοσιν, ἀλλὰ δεσποτείαν ὁμολογεῖ.*"

---

1) fr. 52. §. 1. D. 45, 1.

2) Ueber die verschiedenen Ansichten vergl. Glossa ad fr. 52. D. 45, 1. — Molinaeus de dividuis et individ. obl. Pr. nr. 17. u. 18. — Bardili c. l. §. 4.

3) Tom. V. pag. 895.

Bei Fabrot:

„Si quis vacuam possessionem tradi promiserit, non nudam traditionem, sed dominium promittit.“

Aber das ist sicher nicht der wahre Sinn. Denn, daß den Stipulationen: *rem dari* und: *vacuam possessionem tradi,* zwei, ihrem Inhalte nach, ganz verschiedene Versprechen zum Grunde liegen, daß namentlich, wer *vacuam possessionem tradi* verspricht, in der That bloß ein Facere verspricht, nicht ein Dare, sich also auch nicht zur Eigenthumsübertragung verpflichtet, das beweisen die klarsten Stellen.

[1]) Pomponius lib. 9. ad Sabinum.

„Si emtor *vacuam possessionem tradi*, stipulatus sit, et ex stipulatu agat, fructus non venient in eam actionem; quia et qui *fundum dari* stipularetur, *vacuam quoque possessionem tradi oportere* stipulari intelligitur, nec tamen fructuum praestatio ea stipulatione continetur. Neque rursus plus debet esse in stipulatione, sed ex emto superesse ad fructuum praestationem.“

Hier wird die stipulatio: *fundum dari* geradezu als eine viel weiter gehende und die Grenzen der Verpflichtungen des Verkäufers überschreitend, der stipulatio *vacuam possessionem tradi* entgegengestellt. Nur die letztere sei der Verpflichtung des Verkäufers angemessen und bekanntlich verpflichtet sich der Verkäufer aus der Emtio Venditio niemals *ad dandam rem*, sondern nur *ad tradendam rem* [2]).

Es ist vielmehr der einfache Sinn jener obigen Stelle von Ulpian folgender. Wer als Verkäufer, (denn auf die Emtio Venditio beziehen sich alle diese Stipulationen) stipulationsmäßig verspricht: *vacuam possessionem tradi*, der verspricht zwar, wie in einer anderen Stelle von Pa-

1) fr. 3. §. 1. D. 19, 1. Vergl. auch fr. 4. pr. D. 22, 1.

2) fr. 11. §. 2. D. 19, 1.

pinian uns ausdrücklich geſagt wird [1]), zunächſt blos das *factum tradendi*, aber freilich in der Art und mit der Wirkung, wie der Verkäufer aus der Venditio zu tradiren verpflichtet iſt, d. h. er verſpricht: rem ita tradere, ut habere liceat emtori [2]). Weniger verſpricht er nicht, aber auch nicht mehr, weil es, wie Papinian ganz richtig bemerkt, nicht zu vermuthen iſt, daß der Verkäufer ſich durch die Stipulation zu mehr habe verpflichten wollen, als wozu er aus dem Kaufcontracte, nach allgemeinen Grundſätzen gehalten iſt [3]). Wenn nun der Verkäufer, welcher *vacuam possessionem tradi* noch beſonders verſprochen hat, nach den Grundſätzen des Kaufcontractes, ſo tradiren muß, *ut rem habere liceat emtori*, ſo folgt daraus, daß, wenn die Sache, nach der Tradition, evincirt worden iſt, die Tradition als gar nicht geſchehen betrachtet wird, eben darum, weil ſie nicht contractsmäßig geſchehen iſt.

[4]) Pomponius lib. 9. ad Sabinum.

„Ratio possessionis, quae a venditore fieri debeat, talis est, ut si quis jure eam possessionem avocaverit, *tradita possessio non intelligatur.*“

Der Verkäufer wird alſo durch die bloße Vornahme des einfachen Factum tradendi noch nicht unbedingt von ſeiner Contractsverbindlichkeit und alſo auch nicht von der, noch durch Stipulation beſonderes und daneben übernommenen, der Contractsobligation entſprechenden Zuſicherung:

---

1) fr. 4. pr. D. 22, 1.

2) Daher finden wir auch in vielen Stellen gerade bei dem Kaufcontracte die Ausdrücke: *tradere* ſchlechtweg und: *vacuam possessionem tradere* als ganz gleichbedeutend gebraucht. Z. B. fr. 68. §. 2. D. 18, 1. — fr. 2. §. 1. fr. 3. §. 1. fr. 13. §. 21. fr. 36 u. 48. D. 19, 1. — c. 8. C. 4, 49.

3) fr. 4. pr. D. 22, 1. „quia non est verisimile, plus venditorem promisisse, quam judicio emti praestare compelleretur.“

4) fr. 3. pr. D. 19, 1.

vacuam possessionem tradi befreit, sondern haftet immer noch für das Interesse fort, wenn hinterdrein Eviction erfolgt.

Wollen wir nun, nach diesen Vorbemerkungen, den Sinn der Worte Ulpians, welche man von einer Eigenthumsübertragung erklärt hat, richtig entwickeln und umschreiben, so liegt darin folgendes. Wer einfach das Tradiren einer Sache, oder Possessionem tradere verspricht, der ist blos zur Vornahme dieses Facti verpflichtet, weil er blos dieses Factum, *nudum factum* versprochen hat. Er hat also auch nicht das Interesse zu bezahlen, wenn er das Tradere vorgenommen hat, wenn gleich sich hinterdrein zeigt, daß die Possessio, die er übertragen hat, nicht eine vacua war. Wer aber, als Verkäufer, *vacuam possessionem tradi* versprochen hat, der hat versprochen, auch nach erfolgtem Traditionsfactum noch für einen gewissen Erfolg des Tradere, für das *habere licere* einzustehen, d. h. im Falle der eintretenden Eviction das Interesse zu leisten. Darum hat er eigentlich, mittelbar und eventuell, einen bleibenden Vermögensvortheil durch sein Tradere versprochen, nämlich ein Tradere, wodurch die Sache rechtlich, ohne Anfechtung, im Vermögen des Käufers verbleiben kann. Das drückt nun Ulpian so aus: „stipulatio vacuam possessionem tradi *causam bonorum* continebit."

Auf diese Weise erhält die Stelle einen ganz natürlichen, einfachen Sinn und giebt auf keinen Fall genügende Veranlassung zu der Annahme einer, von der dandi und faciendi obligatio verschiedenen mixta obligatio.

3) Es giebt gewisse Facta, als Gegenstand von Obligationen und zwar namentlich von stricti Juris Obligationen, insbesondere von Stipulationen, die zwar dem Creditor einen gewissen Vortheil versprechen, so daß er ein juristisches Interesse dabei hat, das Factum zu verlangen,

die aber doch, ihrem Erfolge nach, zunächſt und vorerſt blos ein factiſches, phyſiſches Verhältniß des Creditors bezwecken, ohne wirkliche Einräumung eines eigentlichen Rechtsverhältniſſes. So z. B. die Stipulation, daß der Stipulator, für ſeine Perſon, zum *ire*, oder *agere*, oder zum *tenere* befugt ſein ſolle, daß der Promittent, für ſeine Perſon, ein ſolches *ire, agere*, oder *tenere* ſich gefallen laſſen müſſe, daſſelbe nicht hindern dürfe. Daraus entſteht kein Recht auf das *ire*, oder *agere*, wie es in der Stipulation einer Servitut, in dem Verſprechen: *ire, agere licere* überhaupt, oder in dem Verſprechen: *habere licere* liegen würde.

Dergleichen Facta werden nun allerdings zuweilen vorzugsweiſe Facta genannt, im Gegenſatze desjenigen Gegenſtandes der Stipulation, der *juris* iſt.

[1] Ulpianus lib. 49. ad Sabinum.

„Hi, qui sunt in aliena potestate, his, in quorum sunt potestate, *habere licere* stipulari possunt, ea ratione, qua cetera quoque his possunt stipulari. Sed si servus fuerit stipulatus, *sibi habere*, quaesitum est, an recte stipulatus videatur. Et ait Julianus libro quinquagesimo secundo Digestorum: Si servus stipuletur, *sibi habere licere*, aut *per se non fieri, quominus habere stipulatori liceat*, promittat, stipulatio, inquit, non committitur; quamvis auferri res ei, et ipse auferre eandem possit. *Non enim factum, sed jus in ea stipulatione vertitur.* Cum vero stipulatur, *per promissorem non fieri, quominus sibi ire agere liceat, non jus stipulationis, inquit, sed factum versatur.* Sed videtur mihi, licet *juris verba* contineat haec stipulatio, *habere licere*, tamen sic esse accipiendam, ut in servo et in filio familias videatur actum esse de pos-

1) fr. 38. §. 6. D. 45, 1.

sessione retinenda, aut non auferenda, et vires habeat stipulatio."

[1]) Paullus lib. 15. Quaest.

„Quod dicitur, patrem filio utiliter stipulari, quasi sibi ille stipularetur, hoc in his verum est, *quae juris sunt*, quaeque adquiri patri possunt: alioquin, si *factum* conferatur in personam filii, inutilis erit stipulatio, veluti ut tenere ei, vel agere, ire liceat. Contra autem filius etiam, ut ire patri liceat, stipulando, adquiret ei; immo et quod in suam personam conferre non potest, hoc patri adquiret [2]).

Uebrigens hängt diese Unterscheidung zwischen dem *factum*, als Gegenstand der Stipulation, und dem *jus*, oder *id, quod juris est*, sehr natürlich zusammen mit dem Umstande, daß regelmäßig der Filiusfamilias, nach dem Rechte der Pandekten, so wenig als der Servus, eigenes Vermögen für sich selbst erwerben konnte, indem er immer nur dem Vater und Herrn erwarb, aber eben darum auch nur, was dem Vater oder Herrn, für dessen Person nutzte, erwerben konnte. Denn ein bloßes, auf die Person des Servus, oder Filiusfamilias beschränktes Factum begründet für den Herrn, oder Vater zunächst kein wahres Recht.

Auf keinen Fall liegt in jenen Stellen irgend eine Veranlassung, eine s. g. mixta ex dando et faciendo obligatio anzunehmen, wie man oft gethan hat.

§. 6.

Was heißt *praestare?*

Wir wenden uns jetzt, nachdem wir den Begriff von Dare und Facere geprüft, zu der genaueren Entwickelung des Begriffes Prästare, als Gegenstandes der Obli-

1) fr. 130. D. 45, 1.

2) Vergl. auch §. 2. J. 2, 18. (de stip. serv.) und Theophilus ad h. l.

gationen. Hier begegnen uns allerdings einige Schwierigkeiten, die aber in einer, gerade dabei oft übersehenen Eigenthümlichkeit des römischen Obligationen- und Actionensystemes eine ziemlich einfache Lösung finden werden.

Prästare hat vorerst unbezweifelt eine ganz allgemeine Bedeutung, wonach es eine jede obligationsmäßige Leistung, eine jede Solutio bezeichnet, ohne Unterschied, sie bestehe, worin sie wolle, in einem Geben irgend einer Art, oder in einem anderen Thun, oder Lassen, einerlei ferner, die Klage daraus sei bonä Fidei, oder stricti Juris. Es ist also Prästare, Prästatio, in diesem Sinne, ganz entsprechend unseren deutschrechtlichen Ausdrücken: Leisten, Leistung, und correspondirt dem römischrechtlichen Ausdrucke: *solvere* [1]). Es liegt übrigens diese Bedeutung von Prästare so tief begründet, sowohl in dem römischen Sprachgebrauche des gemeinen Lebens, als auch in der römischen Rechtsterminologie unserer Quellen, daß sie wohl keines besonderen Beweises bedarf. Um so weniger, da alles Nachfolgende schon gewissermaassen von selbst diesen Beweis liefern wird.

Nur eine natürliche Folge hiervon ist es, daß in dem

---

1) In fr. 11. D. 46, 6. wird in wenigen Zeilen zwischen *solvere* und *praestare* abgewechselt, um dasselbe anzudeuten. Noch prägnanter ist eine andere Pandektenstelle, worin das Prästare im weiteren Sinne nicht blos als dem Dare und Facere, sondern auch geradezu, als dem vereinigten Dare Facere und Prästare (im engeren Sinne) entsprechend und alles in sich zusammenfassend vorkommt. Das ist fr. 13. §. 6. D. 19, 1. aus

ULPIANUS lib. 32. ad Edictum.

„Idem JULIANUS dolum solere a venditore praestari etiam in hujus modi specie ostendit. Si, cum venditor sciret, fundum pluribus municipiis legata debere, in tabula quidem conscripserit: *uni municipio debere*, verum postea legem consignaverit: *si qua tributorum, aut vectigalis indictionisve quid nomine, aut ad viae collationem praestare oportet, id emtorem dare, facere, praestareque oportere*, ex emto eum teneri, quasi decepisset emtorem.“

Präſtare ſowohl das Dare, als das Facere liegt. Ja! es muß das Präſtare ſogar mit dem vereinigten Dare und Facere darum ganz zuſammenfallen, weil ja, nach dem Obigen, es überhaupt keine obligationsmäßige Leiſtung giebt, welche nicht, wenigſtens nicht bei ſtricti Juris Judiciis, unter einen dieſer beiden Begriffe und Rubriken gebracht werden könnte. Was alſo Dare und Facere, ein jedes für ſich iſt, das findet ſich vereinigt in dem Präſtare. Darum iſt es, ſeinem Gegenſtande nach, ein Dare Facere.

In der That kennt nun auch das römiſche Obligationen- und Actionenrecht, neben dem Dare und neben dem Facere, noch ein Dare Facere, was ſich am ſchärfſten ausſpricht in der Intentio der Actionen aus den Forderungen. Denn dieſe Intentio geht, wie uns Gajus [1]) und ſelbſt noch Juſtinians Inſtitutionen lehren, entweder auf ein Dare Oportere, oder auf ein Facere Oportere, oder auf ein Dare Facere Oportere.

Wie ſehr aber dieſem Dare Facere das Präſtare entſpricht, wie es techniſch ganz denſelben Begriff ausdrückt, ganz damit zuſammenfällt, beweiſt recht deutlich die bekannte Stelle bei Gajus [2]).

„In personam actio est, quotiens cum aliquo agimus, qui nobis vel ex contractu, vel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus *dare*, *facere*, *praestare* oportere.“

Denn offenbar iſt hier *praestare* für *dare facere* gebraucht.

Damit ſteht auch nur ſcheinbar im Widerſpruche eine

1) Gai. Comm. IV. 2. §. 5. 41. 47. 60. 136. — Vergl. Val. Maximus lib. VIII. cap. 2. §. 1. — fr. 27. D. 46, 2. — fr. 11. D. 46, 3. — fr. 18. §. 1. D. 46, 4.

2) Comm. IV. 2.

Stelle in den Institutionen Justinians, worin von der Intentio der Actio in Personam folgendes gesagt wird:

[1]) „Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio, quo casu proditae sunt actiones in personam, *per quas intendit: adversarium ei dare, aut facere oportere, et aliis quibusdam modis. Aut cum eo agit caet.*

Hier wird zwar die Intentio als blos auf *dare, aut facere oportere* gerichtet, erwähnt. Allein es ist hier *aut praestare* zu ergänzen. Denn aus dem Zusatze: *et aliis quibusdam modis* ergiebt sich zur Genüge, daß hier die Formel der Intentio nicht vollständig und erschöpfend, für jede in Personam Actio angegeben werden sollte, und die Worte: *et aliis quibusdam modis* sind daher so, im Zusammenhange mit dem Vorhergehenden, zu übersetzen: In Personam Actiones sind diejenigen Klagen, bei welchen der Kläger seine Intentio richtet entweder auf: *dare oportere*, oder auf: *facere oportere*, oder, auf eine andere Formel. Diese andere Formel der Intentio ist nun aber eben, wie Gajus lehrt, die auf *praestare oportere* gerichtete. Um so mehr, weil offenbar die ganze Institutionenstelle aus Gajus entlehnt ist, und im Uebrigen ganz mit dem Inhalte der Commentarien von Gajus übereinstimmt. So erklärt auch Theophilus die Worte: *et aliis quibusdam modis*, welche überhaupt sonst gar keinen vernünftigen Sinn haben [2]).

---

1) §. 1. J. 4, 6.

2) Denn, wollte man sie auf den weiter vorn stehenden Satz: *vel ex contractu, vel ex maleficio* beziehen, so wird die Construction nicht blos gezwungen, sondern widerspricht auch geradezu allen grammatischen Regeln in der Art, daß sie schon deßhalb nicht angenommen werden kann. Vergl. Wüstemann Uebersetzung der Paraphrase von Theophilus. Bd. II. S. 336. Note 1. SCHRADER ad §. 1. J. 4, 6. ad verba: *et aliis quibusdam modis.*

Es ist daher auch nur eine einfache Anwendung dieses Sprachgebrauches, wenn in vielen Stellen der Pandekten, selbst da, wo von zwei, ihrem Gegenstande nach, scharf geschiedenen Obligationen, denen auf ein Dare und denen auf ein Facere die Rede ist, als gemeinschaftlicher, vermittelnder, beide umfassender Ausdruck, Prästare gebraucht wird. Nur einige Beispiele davon mögen hier ihren Platz finden.

[1]) Paullus lib. 12. ad Sabinum.

„Stipulationum quaedam in *dando*, quaedam in *faciendo* consistunt. Et harum omnium quaedam partium *praestationem* recipiunt — quaedam non recipiunt.

[2]) Neratius lib. 4. Membranarum.

„Cum rem salvam fore pupillo cavetur, committitur stipulatio, si, quod ex tutela *dari fieri* oportet, non *praestatur*. Nam, etsi salva ei res sit, ob id non est, quia quod ex tutela *dari fieri* oportet, non solvitur."

Besonders sprechend ist in dieser Beziehung die Fassung der Aquillianischen Stipulation, wie sie uns in den Rechtsquellen aufbewahrt ist[3]). Denn, um alle nur möglichen und denkbaren Leistungsarten, welche der eine Contrahent, dem quittirt werden soll, nur irgend gegen den Andern haben sollte, oder könnte, auszudrücken, dazu waren in der Formel die Worte bestimmt: quidquid te mihi ex quacunque *causa dare facere oportet.*"

Eine fernere natürliche Anwendung desselben Sprachgebrauches ist es, daß derjenige, welcher auf ein Dare Facere, was, nach dem Obigen, dem Prästare ganz gleich steht, klagt, nicht verpflichtet ist, zu beweisen, daß der Beklagte cumulativ, sowohl ein Dare, als ein Fa-

1) fr. 2. pr. u. §. 1. D. 45, 1.

2) fr. 11. D. 46, 6.

3) §. 2. J. 4, 30. — fr. 18. §. 1. D. 46, 4.

cere schuldig sei, sondern nur alternativ zu beweisen braucht, daß er entweder zu einem Dare, oder zu einem Facere verpflichtet sei.

[1]) PAULLUS lib. 59. ad Edictum.

„Saepe ita comparatum est, ut conjuncta pro disjunctis habeantur, interdum soluta pro separatis. Nam cum dicitur apud Veteres: *Agnatorum Gentiliumque*, pro separatione accipitur. At, cum dicitur: *super pecunia tutelave sua*, tutor separatim sine pecunia dari non potest. Et cum dicimus: *quod dedi, aut donavi*, utraque continemus. Cum vero dicimus: *quod eum dare facere oportet*, quodvis eorum sufficit probare.“

Der einfache Grund davon ist der, weil eben derjenige, der seine klägerische Intentio auf *dare facere oportere* richtet, gar nicht behauptet, daß der Beklagte ihm zu einer zweifachen Leistung verschiedener Art verbunden ist, sondern nur, daß er zu einem *praestare* verbunden ist, welches, den Umständen nach, in einem Dare, oder Facere bestehen kann. Der Kläger mag also irgend eine Leistung, die bei stricti Juris Obligationen unter den strengen Begriff von Dare, oder Facere fällt, beweisen, immer hat er das *praestare oportere* bewiesen, was mit *dare facere oportere* gleichbedeutend ist.

Unter diesen Umständen kann es uns denn auch nicht auffallen, wenn wir das Wort Prästare gebraucht finden, bald zur Bezeichnung eines Dare, bald zur Bezeichnung eines Facere, bald zur Bezeichnung eines Obligationsverhältnisses, was auf Beides gerichtet ist, indem es ja theils beides zusammen, theils irgend eines davon umfaßt. So bezeichnet es in den bekannten Redensarten: operas praestare, rem ad usum habilem praestare, bei dem Miethcontracte ein Facere, theils mit, theils ohne Beziehung

---

1) fr. 53. pr. D. 50, 16.

auf eine Sache. So wird nicht selten Präſtare bei dem Kaufcontracte für: *tradere* gebraucht [1]), so bei dem Miethcontracte für Bezahlen des Miethgeldes, was doch auf ein Dare hinausläuft. Eben so heißt es: id, quod interest, dolum, culpam, casum praestare, was sich alles in ein pecuniam dare auflöst. Desgleichen: annua praestare. So ist in vielen Obligationsverhältnissen die Rede von gegenseitigen *praestationes* der Contrahenten, während diese von ganz verschiedener Art sind, und oft gerade von der Art, daß in derselben obliegenden Präſtatio eine Verbindlichkeit liegt, welche zum Theil auf Facere, zum Theil auf Dare hinausläuft. Das ist namentlich der Fall bei den aus einer Communio entspringenden s. g. Präſtationes personales, welche auf Rechnungsablage, Facere, und auf Herausgabe des sich herausstellenden, dem klagenden Interessenten gebührenden Antheiles, also auf Dare hinauslaufen. Lauter Redensarten, die hier keines besonderen Beweises bedürfen, weil sie nicht blos sehr bekannt sind, sondern auch weiter unten, um ihren wahren Zusammenhang, ihre eigentliche juristische Bedeutung zu zeigen, nochmals genauer geprüft werden müssen.

Endlich erklärt sich auch aus jener weiteren Bedeutung von Präſtare, wonach es Dare Facere zusammenfaßt, warum die vorsichtigen Römer da, wo sie sich recht verclausuliren und alle mögliche Arten von obligationsmäßigen Leistungen im Ausdrucke häufen wollen, neben dem Dare und Facere, noch das Präſtare nennen [2]). Es soll da-

---

1) Z. B. fr. 13. §. 3. D. 12, 2.

2) Z. B. fr. 37. pr. D. 38, 1.

PAULLUS lib. 2. ad legem Juliam et Papiam

„Qui libertinus duos pluresve a se genitos natasve in sua potestate habebit, praeter eum, qui artem ludicram fecerit, quive operas suas, ut cum bestiis pugnaret, locaverit, nequis eorum operas, doni, muneris, aliudve quidquam, libertatis causa patrono,

durch das Dare Facere, in so weit darin noch eine besondere, von dem Dare und Facere verschiedene Art von Leistung liegen mögte, mit umfaßt werden.

In der That enthält nun aber auch Prästare, wenn wir es richtig in dem Geiste unserer Rechtsquellen auffassen, eine dritte, sowohl von dem Dare, als von dem Facere verschiedene Leistungsart und diese ist es nun hauptsächlich, mit deren Entwickelung wir es hier zu thun haben.

Zwei Stellen sind es vorzüglich, welche uns zu der Annahme, daß Prästare nicht blos der allgemeine Ausdruck für alle und jede obligationsmäßige Leistung sei, sondern auch, im engeren Sinne, eine vom Dare sowohl, als vom Facere verschiedene Gattung des obligationsmäßigen Leistens bezeichne, auffordern, ja! fast nöthigen.

[1]) PAULLUS lib. 2. Institutionum.

„Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat *ad dandum aliquid*, *vel faciendum*, *vel praestandum*.“

Damit stimmt vollkommen überein die schon oben abgedruckte Stelle von Gajus[2]), wo er die Intentio, bei der in Personam Actio, auf: *dare*, *facere*, *praestare oportere* lauten läßt.

Offenbar beabsichtigt Paullus eine möglichst vollständige Angabe des Gegenstandes der obligationsmäßigen Leistung. Es kann hier, der ganzen Fassung nach, kein bloßer Pleonasmus angenommen werden, indem Prästare als

---

patronae, liberisve eorum, de quibus juraverit, vel promiserit, obligatusve erit, *dare*, *facere*, *praestare* debeto: caet.
Vergl. fr. 13. §. 6. D. 19, 1. S. ob. S. 274. Not. 1. wo diese Stelle abgedruckt ist.

1) fr. 3. pr. D. 44, 7.

2) Comm. IV. 2.

nur zum Ueberflusse hinzugefügt erscheine, um noch ein Mal collectiv, mit einem einzigen Worte, zusammenzufassen, was schon mit Dare und Facere vollständig ausgedrückt worden war. Denn theils würde das schon an sich etwas Schleppendes, Unpassendes haben, theils werden die drei Ausdrücke: *dare*, *facere* und *praestare* geflissentlich und scharf durch *vel* unterschieden, es wird dadurch jedem seine eigene Sphäre angewiesen. Es ist vielmehr das, was Paullus dort aufstellt, eine genauere, geflissentlich mehr in das eigenthümliche Wesen der einzelnen möglichen Leistungsarten eingehende Erklärung der gewöhnlich von den römischen Juristen nur ganz allgemein aufgestellten Definition der Obligatio, wie sie z. B. in den Institutionen von Justinian lautet:

[1]) „Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae, secundum nostrae civitatis jura."

Das, was die Institutionen ganz kurz mit dem Einen Worte *solvere*, als Gegenstand der Obligatio, bezeichnen und was allerdings alles obligationsmäßige Leisten umfaßt, erklärt Paullus specieller durch: *vel dare, vel facere, vel praestare*. Und das ist es auch wohl, was die Institutionen implicite andeuten durch den Zusatz: *secundum nostrae civitatis jura* [2]). Denn allerdings hängt die scharfe Unterscheidung des Dare, Facere und Prästare sehr genau zusammen mit der Eigenthümlichkeit gerade des römischen Obligationen- und Actionensystemes, nämlich, wie sich zeigen wird, mit dem Unterschiede zwischen bonä Fidei und stricti Juris Judicia.

Bevor wir zu der Erklärung von diesem Prästare uns

---

1) pr. J. 3, 14.

2) Verschiedene andere Erklärungsversuche dieser Worte stellt die Glosse ad h. l. auf.

wenden, verdient noch eine Stelle aus der bekannten Prozeßordnung für das cisalpische Gallien, welche ein merkwürdiges Seitenstück zu dem Fragmente von Paullus bildet, hervorgehoben und beleuchtet zu werden.

[1]) „A quo quid, praeter pecuniam certam creditam, signatam forma p. p. R. in eorum quo o. m. c. p. f. [2]) v. e. c. t. ve, quae sunt, erunt in Gallia Cisalpeina, petetur, quodve quom eo agitur, quae res non pluris HS. XV. erit, et sei ea res erit, de qua re omnei pecunia ibei jus deicei, judiciave darei ex h. l. d. o., sei is eam rem, quae ita ab eo petetur, deve ea cum eo agetur, ei, quei eam petet, deve ea re aget, aut iei, quoius nomine ab eo petetur, quomque eo agetur in jure, apud eum, qui ibei i. d. p. d. f. [3]) p. restituereve oportere, aut se debere, ejusve eam rem esse, aut se eam habere, eamve rem, de qua arguetur, se fecisse, obligatumve se ejus rei, noxsiaeve esse, confessus erit, deixseritve, neque d. e. r. satis, utei oportebit, aut sei sponsionem fierei oportebit, sponsionem non faciet, non restituet, neque se judicio, utei oportebit, defendet, aut sei d. e. r. in jure nihil responderit, neque d. e. r. se judicio, utei oportebit, defendet, tum de eo, a quo ea res ita petetur, quomve eo d. e. r. ita agetur, deque eo, quoi eam rem d. f. p. restitui, satisve d. e. r. fierei oportebit caet."

Es kommt hier nicht auf eine durchgreifende Erläuterung dieser Stelle an, so wenig, als auf eine genaue kri-

1) Ich lasse hier die Stelle, da mir in dem Augenblicke andere Hülfsmittel nicht zu Gebote stehen, nach dem Abdrucke in Hugo Civ. Mag. B. II. S. 451. u. f. folgen.

2) So ist nämlich sicher für e. zu setzen, indem f. foro bezeichnet, wie das häufiger in der Lex wiederkehrt.

3) So ist zu lesen für e. nämlich *facere*.

tische Prüfung mancher zweifelhafter Siglen oder Worte, sondern zunächst blos auf die zweimal wiederkehrende Formel *d. f. p.* oportere — *dare, facere, praestare* oportere — oder, wie es in der zweiten Stelle heißt, *dari, fieri, praestari* oportere, und den Zusammenhang, in welchem sie dort steht.

Daß nämlich in dem ersteren Theile das Zeichen *e* falsch steht für *f*[1]), kann wohl nicht bezweifelt werden.

Nur das erscheint vielleicht auffallend, daß dort, neben dem *dare, facere, praestare,* noch etwas weiteres steht, indem darauf beide Mal *restituere*, das letzte Mal sogar noch *satisfacere* folgt. Allein dieser Zusatz hat in der That nichts Störendes, sondern erhält seine ganz natürliche Erklärung, sobald wir nur den ganzen Zusammenhang der Stelle berücksichtigen. Die Ausdrücke: *dare, facere, praestare* beschränken sich nämlich blos auf die der Obligatio und in Personam Actio, in so fern sie aus bonâ Fidei, oder stricti Juris Judiciis entspringt, correspondirende Verbindlichkeit des Debitors. Nun ist aber in jener Stelle der Lex auch die Rede von zu erhebenden dinglichen Rechtsansprüchen, namentlich von Eigenthumsansprüchen, von Vindicationen[2]), so wie von Obligationsleistnngen, welche arbitraria Judicia begründen[3]). Auch diese sollten und mußten bezeichnet werden und darauf beziehen sich die Worte: Restituere und Satisfacere[4]).

Man hat nun wohl gefühlt, daß in dergleichen geflis-

---

1) Eine Verwechselung, die bekanntlich sehr oft vorkommt, namentlich in derselben Stelle, wo unbezweifelt der Buchstabe *e* für *f (fero)* steht.

2) Verb. *ejusve eam rem esse — non restituet.*

3) Verb. *noxsiaeve esse confessus erit.*

4) Vergl. §. 31. J. 4, 6. Verb. nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori *satisfaciat,* veluti *restituat* caet. und weiter unten: quemadmodum actori *satisfieri* oporteat. Die weitere Ausführung davon behalte ich mir für eine andere Gelegenheit vor.

ſentlichen Zuſammenſtellungen mit Dare und Facere, das Präſtare eine beſondere, eigenthümliche, vom Dare ſowohl, als Facere verſchiedene Leiſtungsart bezeichnen müſſe. Aber freilich, welche obligationsmäßige Leiſtungen darunter zu begreifen, darüber war man nicht einig.

Zwar iſt nicht zu verkennen, daß mit dem Worte Präſtare oft beſondere Modifikationen des Dare, oder Facere ausgedrückt werden, z. B. ein Hingeben von Sachen, blos zum vorübergehenden Gebrauche, wie bei der Locatio Conductio Rerum, oder ein Leiſten, was nicht mit einen Male vollendet iſt, ſondern von Zeit zu Zeit wiederholt werden muß, wie in der Redensart, *annua, menstrua praestare, alimenta praestare*, oder ein Erſtatten des einem Anderen treffenden Schadens, wie in den Redensarten, *dolum, culpam, casum praestare* u. ſ. w. Allein es ſpringt in die Augen, daß das doch, an und für ſich, nur Modifikationen des Dare, oder Facere ſind, und daß darin für die Römer kein genügender Grund liegen konnte, das Präſtare noch beſonders, neben dem Dare und Facere, als davon verſchiedene Leiſtungsart, hervorzuheben. Denn mit demſelben Grunde konnte und mußte auch das Tradere, oder Reſtituere, oder Exhibere hervorgehoben werden.

Man hat deßhalb den Verſuch gemacht, dem Präſtare dadurch einen eigenen, von dem gewöhnlichen Dare und Facere verſchiedenen Wirkungskreis anzuweiſen, daß man darin eine techniſch Bezeichnung für die, von Calliſtratus [1]) und Juſtinian [2]) als *ex dando et faciendo mixta* erwähnte obligatio zu finden glaubte [3]). Aber das läßt ſich wohl nicht rechtfertigen. Denn, abgeſehen davon, daß jene

1) fr. 82. D. 35, 1.

2) c. 13. C. 8, 38.

3) So Rubo a. a O. S. 14. nach dem Vorgange von Hugo.

s. g. *mixta obligatio*, von der oben die Rede war [1]), immer nur eine zufällige Mischung von zwei an sich ganz verschiedenen Leistungsarten, von einem reinen Facere und einem reinen Dare bildet, welche sich im Grunde in zwei mit einander verbundene Obligationen auflöst, also kein von beiden wirklich verschiedenes Leisten enthält, so läßt sich die ganze Theorie schon mit dem herrschenden Sprachgebrauche der Römer nicht wohl vereinigen. Denn gerade für dergleichen gemischte Obligationen, in so fern sie nämlich aus einem stricti Juris Negotium entspringen, (und nur bei diesen Obligationen kommt der technische Ausdruck Dare und Facere, für zwei völlig geschiedene Leistungsarten, vor,) pflegen die Römer den Ausdruck Prästare nicht zu brauchen, wie namentlich derselbe in der Stelle von Callistratus, worin so weitläuftig das Wesen der gemischten Obligatio abgehandelt wird, gar nicht vorkommt. Eben so würde sicher Justinian in der c. 13. C. 8, 38. sich dieses technischen Ausdruckes bedient haben, wenn er irgend überhaupt in der römischen Rechtssprache begründet gewesen wäre. Wohl aber kommt, wie sich gleich weiter unten zeigen wird, der Ausdruck Prästare recht technisch vor, zur Bezeichnung von ganz ähnlichen, auf Rechnungsablage und eventuelle Herausgabe gerichteten Obligationen, in so fern sie bonä Fidei Judicia begründen, z. B. bei der Societas, den Theilungsklagen, so weit letztere die Natur von bonä Fidei Judicia haben.

Auf einen richtigeren Weg, zu einem, wie es scheint, sicheren Resultate führt deßhalb die schon oben vorläufig einige Mal gemachte Bemerkung, daß der scharfe technische Gegensatz von Dare und Facere überhaupt, im römischen Obligationensysteme, nicht bei allen Obligationen vorkommt, sondern zunächst nur für die stricti Juris Obliga-

---

1) S. ob. S. 264. u. f.

tiones beſtimmt iſt. Denn daran knüpft ſich die ſehr nahe liegende Folgerung, daß alle Leiſtungen, welche den Gegenſtand von bonä Fidei Obligationes, oder Judicia bilden, unter den Begriff des Präſtare fallen. Mit anderen Worten, wer aus einem ſtricti Juris Negotium obligirt iſt, der iſt entweder ad dandum, oder ad faciendum obligirt. Wer dagegen aus einem bonä Fidei Negotium obligirt iſt, der iſt, dem römiſchen, ſtrengeren Sprachgebrauche nach, weder zunächſt ad dandum, noch zunächſt ad faciendum, ſondern eben nur ad *praestandum* obligirt.

Forſchen wir nun aber weiter, wie das zuſammenhängt und warum die Obligatio in dem letzteren Falle auf ein Präſtare gerichtet iſt, ſo iſt die Antwort die, weil die bonä Fidei Obligationes, ſowohl von Seiten des Creditors, als von Seiten des Debitors, ihrem eigentlichen Zwecke und letztem Gegenſtande nach, ſich in lauter gegenſeitige Anſprüche und Verbindlichkeiten zur Leiſtung des id, quod intereſt, auflöſen. Dieſe Verbindlichkeit zur Leiſtung des Intereſſe heißt nun aber techniſch Präſtare, nämlich *praestare id, quod interest.* Daher iſt es ſehr natürlich, daß man den Gegenſtand von Obligationsverhältniſſen, welche immer auf wechſelſeitige Leiſtung des Intereſſe gerichtet ſind, ebenfalls mit Präſtare bezeichnete.

Es kommt jetzt darauf an, dieſen juriſtiſchen Sprachgebrauch, mit den mancherlei daran geknüpften rechtlichen Folgen, als im Geiſte des römiſchen Rechtes ſelbſt und ſeiner Quellen liegend, nachzuweiſen.

Es fehlt aber erſtens ſchon nicht an ſehr entſcheidenden Ausſprüchen theils juriſtiſcher, theils nicht juriſtiſcher Claſſiker, aus denen hervorgeht, daß dasjenige, was aus bonä Fidei Obligationen die Partheien und Contrahenten einander gegenſeitig als Leiſtung ſchuldig ſind, weder durch Dare, noch durch Facere, ſondern durch Präſtare, ſchlechtweg, oder noch ſpecieller durch: *alterum alteri praestare*

— *invicem praestare* — *quemque cuique praestare* — ausgedrückt wurde und zwar gerade da, wo ex Professo das eigenthümliche Verhältniß der bonä Fidei Obligationes zu denjenigen, welche stricti Juris Judicia produciren, also wo der wahre Charakter der ersteren entwickelt werden soll.

Cicero de Offic. lib. III. cap. 17.

„Quintus quidem Scaevola pontifex maximus summam vim dicebat esse in omnibus eis arbitriis, *in quibus adderetur ex fide bona;* fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emtis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur. In his magni esse judicis, statuere, (praesertim cum in plerisque essent judicia contraria,) *quid quemque cuique praestare oporteret.*“

Cicero Topic. cap. 17.

„In omnibus igitur iis judiciis, in quibus *ex fide bona* est additum, ubi vero etiam *ut inter bonos bene agier,* inprimisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est *quid aequius melius,* parati esse debent. Illi enim dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum, qui mandasset, eumve, cui mandatum esset, *alterum alteri praestare oporteret,* quid virum uxori, quid uxorem viro, tradiderunt.“

§. 3. J. 3, 23.

„Item in his contractibus (consensu [1]) alter alteri obligatur in id, *quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oporteat* [2]).

1) Welche bekanntlich bonä Fidei sind.

2) Vergl. auch Gaii Comm. III. 137. und fr. 2. §. 3. D. 44, 7. wo dieselben Worte vorkommen.

§. 30. J. 4, 6 [1]).

„In bonae fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici, ex aequo et bono aestimandi, quantum actori restitui [2]) debeat. In quo et illud continetur, ut, *si quid invicem praestare actorem oporteat*, eo compensato caet.“

[3]) Gaius lib. 3. Aureorum.

„Si quis absentis negotia gesserit [4]), si quidem ex mandatu, palam est, ex contractu nasci inter eos actiones mandati, quibus *invicem* experiri possunt de eo, *quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet.* Si vero sine mandatu, placuit quidem sane eos *invicem* obligari, eoque nomine proditae sunt actiones, quas appellamus negotiorum gestorum, quibus aeque *invicem* experiri possunt de eo, *quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet* caet.“

[5]) Ulpian. lib. 32. ad Edict.

„Et in primis sciendum est, in hoc judicium (emti) id demum deduci, quod *praestari* convenit. *Cum enim*

---

1) Vergl. auch Gaii Comm. IV. 61.

2) Das Wort *restituere* wird hier in einem ganz ungewöhnlichen Sinne gebraucht. Das beweist nicht blos das unmittelbar darauf Folgende, wo Restituere durch invicem Prästare erklärt wird, sondern auch der ganze Inhalt der bonä Fidei Judicia. Denn ein wahres Restituere, in dem oben angedeuteten engeren Sinne des Wortes, kommt durchaus nicht bei allen bonä Fidei Judiciis vor. Restituere bezeichnet vielmehr hier nur überhaupt, wie schon die Glosse bemerkt, soviel wie Prästare, oder noch specieller so viel, als die, nach gepflogener, gegenseitiger Abrechnung des von beiden Contrahenten Geleisteten, für den Beklagten noch übrig bleibende Verbindlichkeit, etwas an den Kläger herauszugeben. S. weiter unten.

3) fr. 5. pr. D. 44, 7.

4) Das mandatum und die negotiorum gestio sind bekanntlich beide bonä Fidei. §. 28. J. 4, 6.

5) fr. 11. §. 1. D. 19, 1.

sit bonae fidei judicium, nihil magis bonae fidei congruit, quam id *praestari*, quod inter contrahentes actum est; quod si nihil convenit, tunc ea *praestabuntur*, quae naturaliter insunt hujus judicii potestate."

[1]) Paullus lib. 28. ad Edict.

„In *bonae fidei judiciis* etiamsi in contrahendo convenit, ut certo loco quid *praestetur*, ex emto, vel vendito, vel depositi actio competit, non arbitraria actio. Si tamen certo loco *traditurum* se, quis stipulatus sit; hac actione agendum erit."

Diese letzte Stelle ist darum so sprechend, weil hier das Prästare gerade im directen Gegensatze zu dem stricti Juris Judicium aus der Stipulatio gebraucht und bei diesem letzteren geflissentlich der Ausdruck Prästare vermieden wird, während Paullus dafür eine anerkannte Spezies des Facere, das Tradere dafür substituirt.

Nachdem nun in einer Reihe von solchen Stellen, welche allgemein von bonä Fidei Judiciis reden, der Sprachgebrauch, wonach Prästare technisch die gegenseitigen Leistungen der Partheien aus den bonä Fidei Judiciis bezeichnet, nachgewiesen worden ist, mögen noch Stellen folgen, welche dasselbe, in der Anwendung auf einzelne bestimmte bonä Fidei Judicia, bestätigen.

[2]) Paullus lib. 23. ad Edictum.

„Communi dividundo judicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad *personales invicem praestationes* pertinet, quam ad communium rerum divisionem."

Ueberhaupt ist der Ausdruck *praestationes invicem personales* bekanntlich in unseren Rechtsquellen der technische, zur Bezeichnung der mancherlei gegenseitigen Verbindlichkei-

1) fr. 7. D. 13, 4.

2) fr. 1. D. 10, 3.

ten aus denjenigen beiden divisoriis Judiciis, welche bonä Fidei sind, dem Communi dividundo und dem Familiä herciscundä Judicium.

[1]) Ulpianus lib. 19. ad Edictum.

„Sicut autem ipsius rei divisio venit in communi dividundo judicio, ita etiam *praestationes* veniunt [2]).

Das Judicium finium regundorum ist, obwohl es ebenfalls zu den Judiciis divisoriis gehört, doch nicht bonä Fidei [3]), und gerade hier ist auch von solchen *praestationes personales* nie die Rede [4]).

Eben so werden die gegenseitigen Verpflichtungen der Contrahenter aus der Emtio Venditio, aus der Locatio Conductio, aus dem Depositum, und anderen bonä Fidei Judiciis in unzähligen Stellen unseres Corpus Juris durch Prästare und Prästationes bezeichnet. Nur einzelne, besonders sprechende Stellen sollen hier als Beispiele her-

1) fr. 4. §. 3. D. 10, 3.

2) Vergl. auch noch fr. 22. §. 4. fr. 24. pr. D. 10, 2.

3) Das sieht man schon daraus, weil es im §. 28. J. 4, 6. wo doch alle bonä Fidei Judicia aufgezählt werden sollten, weggelassen ist, während da, wo gemeinschaftliche Grundsätze für alle divisoria Judicia aufgestellt werden, das Judicium finium regundorum mit genannt wird. §. 20. J. 4, 6. — §. 6. J. 4, 17. Aber ausserdem geht es auch noch ganz vorzüglich daraus hervor, weil das Judicium finium regundorum nicht, wie die beiden anderen Theilungsklagen, quasi ex Contractu entspringt, sondern quasi ex Delicto. §. 3. u. 4. J. 3, 28. — §. 6. J. 4, 17. Vinnius ad §. 28. J. 4, 6. — Gans Obligationenrecht S. 135. — Muehlenbruch Doctr. Pand. §. 422.

4) Daher namentlich lautet auch der Titel im Codex, welcher von den gegenseitigen persönlichen Prästationen aus der Communio, wodurch eben die Eigenschaft des bonä Fidei Judicium begründet wird, handelt, so: *communia utriusque judicii, tam familiae herciscundae, quam communi dividundo,* (C. III, 28) ohne des finium Regundorum Judicium weder in der Ueberschrift, noch im Innern des Titels mit Erwähnung zu thun. S. ob. Note 3.

vorgehoben werden. Dahin gehören diejenigen, wo nicht blos im Allgemeinen die gegenseitigen Leistungen aus solchen Obligationsverhältnissen Präſtare genannt werden [1]), sondern sogar einzelne Leistungen, welche bei den stricti Juris Obligationen niemals mit diesem allgemeinen Ausdrucke, sondern immer mit einem spezielleren, in das Gebiet des Dare, oder Facere fallenden Namen belegt werden. So wird z. B. die Verbindlichkeit des Verkäufers zur Tradition der Sache von Ulpian als Verbindlichkeit zur Präſtation der Sache bezeichnet und diese Präſtare nur genauer durch Tradere erklärt [2]). So wird eine Nebenverabredung bei dem Miethcontracte, die offenbar, ihrem nächsten Gegenstande nach, auf Bezahlung einer bestimmten Geldsumme, gerichtet ist, also auf eine Leistung, welche bei stricti Juris Obligationen bestimmt als Dare erscheinen würde, von Labeo als auf *praestare* gerichtet, bezeichnet [3]). So wird die Verbindlichkeit des Miethers, das Miethgeld zu bezahlen, selbst da, wo nicht von einem terminweisen, sondern von dem einmaligen Bezahlen desselben die Rede ist, durch *praestare* ausgedrückt [4]).

Nunmehr löst sich auch von selbst eine Schwierigkeit, auf welche schon oben aufmerksam gemacht wurde. Während nämlich in einigen Stellen so bestimmt gesagt wird, daß der

---

1) fr. 1, §. 14. fin. fr. 3. D. 16, 3. — fr. 11. §. 1. D. 19, 1. — fr. 58. D. 2, 14. — fr. 13. §. 3. D. 12, 2. — fr. 57. pr. D. 18, 1. — fr. 8. 9. pr. u. §. 1. fr. 15. §. 1. u. 2. fr. 19. §. 1. u. 2. fr. 21. fr. 24. §. 4 fr. 28. §. 2. fr. 30. §. 1. u. 4. fr. 33 fr. 36. fr. 51. pr. fr. 58. §. 2. fr. 60. pr. D. 19, 2. — c. 2. C. 4, 45. Brissonius Voc. praestare.

2) fr. 11. §. 2. D. 19; 1.
„Et inprimis ipsam rem *praestare* venditorem oportet, id est *tradere*.“

3) fr. 58. §. 2. D. 19, 2. Verb. centum nummi ut praestarentur.

4) fr. 8. fr. 9. §. 1. fr. 15. §. 2. fr. 19. §. 10. fr. 28. pr. § 2. D. 19, 2.

erſchöpfende Gegenſtand der Obligationen und in Perſonam Actiones auf Dare, oder Facere, oder Präſtare gerichtet iſt, wird in vielen anderen Stellen der Gegenſtand der Obligationen ſcheinbar blos auf Dare, oder Facere beſchränkt.

Allein das ſind lauter ſolche Stellen, worin von dem Gegenſtande der ſtricti Juris Obligationen die Rede iſt, namentlich von dem Gegenſtande der Stipulationen[1]). Dieſe waren wirklich blos entweder auf Dare, oder auf Facere, niemals auf Präſtare gerichtet. Diejenigen Stellen dagegen, wo auch noch das Präſtare daneben gefliſſentlich erwähnt wird, reden ganz allgemein von allen Obligationen, ſowohl von den bonä Fidei, als ſtricti Juris Judiciis[2]).

---

1) Pr. J. 3, 16.
„*Verbis* obligatio contrahitur, cum quid *dari fierive* nobis *stipulamur.*“

§. 3. J. 3, 20. (inut. stip.)
„Si quis alium daturum, facturumve quid promiserit, non obligabitur, veluti si *spondeat* caet.

fr. 2. pr. D. 45, 1.
„*Stipulationum* quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt.“

c. 12. C. 8, 38.
„Sancimus: ut si quis certo tempore facturum se aliquid, vel daturum *stipuletur* caet.“

c. 13. C. eod.
„Sancimus: *omnem stipulationem*, sive in dando, sive in faciendo, sive mixta ex dando et faciendo invenitur caet.“

c. 15. §. 1. C. eod.
„Quemadmodum enim, si in dando concepta fuerit *stipulatio*, et contra heredes transmittebatur, ita et si in faciendo est, caet.

2) fr. 3. pr. D. 44, 7. — Gai. IV. 2. — Einige Schwierigkeit ſcheint zwar auf den erſten Blick zu machen eine Pandektenſtelle, nämlich: fr. 25. pr. D. 44, 7. von

Ulpianus libr. sing. regular.
„Actionum genera sunt duo: in rem, quae dicitur vindicatio, et in

Damit soll natürlich nicht behauptet werden, daß die Ausdrücke Dare und Facere für die bonä Fidei Obligationen, bei der Angabe des Gegenstandes der Leistung eines

---

personam, quae *condictio* appellatur. In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus, et semper adversus eum est, qui possidet. *In personam actio est, qua cum eo agitur, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid, vel dandum*, et semper adversus eundem locum habet."

Allein aus mehreren Gründen läßt sich das, aus diesem Fragmente zu entlehnende Gegenargument beseitigen Offenbar hat nämlich hier Ulpian die Begriffe von in Rem und in Personam Actio sehr unvollständig und unzureichend angedeutet. Oder vielleicht haben auch nur die Compilatoren in jener Stelle Ulpians Darstellung auf eine solche Weise, durch Zusammendrängen der Worte und Weglassungen, entstellt. Denn auch der Begriff der in Rem Actio ist, wie die Vergleichung von Gaius IV. 2. u. 3. und §. 1. J. 4, 6. unwiderleglich beweist, in dem Pandektenfragmente höchst ungenügend aufgestellt. Nicht blos dann erscheint die Klage als in Rem Actio, *si rem nostram a possessore petimus*, wie Ulpian angiebt, sondern sowohl Gajus, als die Institutionen fügen noch ausdrücklich hinzu die confessorische und negatorische Klagen, worauf Ulpians Umschreibung nicht paßt. Eben so verhält es sich mit der Beschreibung der in Personam Actio, welche Gajus vollständiger giebt, durch die ausdrückliche Erwähnung des Prästare, ausser dem Dare und Facere, und die Institutionen wenigstens in so fern nicht, der Intentio nach, blos auf Dare und Facere beschränken, als sie hinzufügen, daß die Intentio auch noch anders lauten könne, — *aliis quibusdam modis*. — Vergl. ob. S. 276.

Dazu kommt noch, daß Ulpian zunächst nicht jede in Personam Actio im Sinne hat, sondern die *in personam actio, quae condictio appellatur*. Nun behauptet man zwar, gestützt auf Gaius IV. 5. und auf §. 15. J. 4, 6., daß, nach dem neueren römischen Sprachgebrauche, ohne Ausnahme, jede in Personam Actio Condictio heiße. Allein das scheint so ausgemacht noch nicht zu sein. Denn Gaius c. l. drückt sich so aus:

„Appellantur autem in rem quidem actiones vindicationes, in personam vero actiones, quibus *dari fierive oportere* intendimus, condictiones."

Danach heißen zwar alle in Rem Actiones, Vindicationes, aber nur diejenigen persönlichen Klagen, deren Intentio auf

der beiden Contrahenten, gar nicht gebraucht würden. Vielmehr ist schon oben gezeigt worden, wie die Ausdrücke Dare und Facere in unseren Rechtsquellen, neben der strengeren, technischen, auch noch eine weitere, weniger streng geschlossene Bedeutung haben. Gerade darum begründet es schon an sich keinen Widerspruch mit der hier aufgestellten Theorie, wenn wir Dare und Facere auch bei bonä Fidei Judiciis gebraucht finden. Auf dieselbe Weise wird ja auch Prästare zuweilen bei Stipulationen gebraucht, obgleich es allgemein anerkannt ist, daß alle Stipulationen, dem Gegenstande ihrer Leistung nach, entweder auf ein Dare, oder auf ein Facere, entweder auf Res, oder auf Facta gerichtet sind[1]). Nirgends wird aber auch, bei bonä Fidei Obligationen, das Dare, oder Facere als der eigentliche Gegenstand der Obligationen, oder der Actionen angegeben. Im Gegentheile heißt es in vielen Stellen, der Gegenstand der Klagen daraus sei das id, quod interest, welches in einem Prästare besteht. Vielmehr wird das Facere, das Tradere, oder Dare immer nur erwähnt, als das Mittel, als die Art, wie die Prästatio bewerkstelligt werden kann. Daher finden wir

---

dari fierive oportere geht, Condictionen. Warum fügt Gajus zu dem Ausdrucke: in personam actiones, noch so ausdrücklich und geflissentlich hinzu: *quibus dari fierive oportere intendimus*, während er zu dem Ausdrucke: in rem actiones keinen solchen beschränkenden Zusatz macht? Gerade eben so beschränken die Institutionen den weiteren, ausgedehnten Begriff der Condictiones auf die *in personam actiones, quibus dare, aut facere oportere* intenditur, ja sogar in derselben Stelle, etwas weiter unten, auf die in personam actio, qua actor intendit, *dari sibi oportere*. Nun leidet es aber keinen Zweifel, daß es in Personam Actiones gab, deren Intentio weder auf *dare oportere*, noch auf *facere* oportere, sondern auf *dare facere* oportere lautete. Sollten also nicht vielleicht, selbst im weiteren Sinne, blos die persönlichen Klagen aus strictis Judiciis Condictiones geheißen haben?

1) S. ob. S. 231. u. f.

oft geradezu, daß das eigentliche Präſtare durch Angabe einer bestimmten Art des Facere nur erklärt werden soll. So sagt z. B.

[1]) Ulpianus lib. 32. ad Edict.

„Et in primis ipsam rem *praestare* venditorem oportet, *id est tradere*."

Eben so

[2]) Paullus lib. 34. ad Edictum.

„Sed et de his, quae praesenti die *praestare* debuerunt, (*velut* opus aliquod efficerent, propagationes *facerent*,) agere (colonus) similiter potest."

Labeo Posteriorum libro 5. Javoleno epitomatorum.

„Vehiculum conduxisti, ut onus tuum portaret, et secum iter faceret. Id quum pontem transiret, redemtor ejus pontis portorium ab eo exigebat. Quaerebatur, an etiam pro ipsa sola rheda portorium *daturus* fuerit? Puto, mulio si non ignoravit, ea se transiturum, cum vehiculum locaret, mulionem *praestare* debere."

Hier ist von einer Leistung des Vermiethers die Rede, die, ihrem Effecte nach, wirklich ein Dare ist, und auch hier so bezeichnet wird. Dennoch heißt es nicht vom Vermiether, *dare* debere, sondern *praestare* debere.

Dazu kommt, daß wenn so eine Verbindlichkeit zu dem Facere, oder Dare aus bonä Fidei Obligationen erwähnt wird, immer nur die Leistungsverbindlichkeit des Einen Contrahenten[3]) gemeint ist. Aber der eigentliche Gegenstand

1) fr. 11. §. 2. D. 19, 1.

2) fr. 24. §. 3. D. 19, 2.

3) Ich nehme hier Contract und Contrahent in dem weiteren, auch den Römern nicht unbekannten Sinne, für alle diejenigen Obligationsverhältnisse, welche entweder ex Contractu, oder quasi ex Contractu abgeleitet werden. Meine Abhandlung in dieser Zeitschrift

jener Obligatio ist, wie sich weiter unten zeigen wird, nicht das, was der Eine Contrahent dem Andern zu leisten hat, sondern, was beide Contrahenten sich *invicem*, *ultro citroque*, zu leisten haben, so wie die Klage daraus auf dasjenige geht, was der Kläger von dem Beklagten, nach Abrechnung und Compensirung der bisherigen beiderseitigen Leistungen, noch als Rest nachfordern darf, was sich, nach dieser gegenseitigen Abrechnung, noch als Interesse des Klägers herausstellt. Mit anderen Worten, wenn die Frage entsteht, worauf die bonä Fidei Judicia, als solche, gerichtet sind, so läßt sich niemals dasjenige allein nennen, was seinerseits der Eine Contrahent, nach den Grundsätzen dieses bestimmten Contractsverhältnisses, daraus etwa zu leisten hat. Vielmehr ist immer die Leistung des Einen bedingt durch die Leistung des Andern, hängt unzertrennlich mit der des Andern zusammen, so daß immer nur dasjenige, was beide einander zu leisten haben, den Gegenstand des bonä Fidei Judicium, in seiner Totalität betrachtet, bildet. Dieses Letztere ist aber unbedingt immer ein Prästare und heißt auch so, nämlich *praestare id, quod interest.*

Eben so wenig liegt umgekehrt ein wahrer Widerspruch mit der aufgestellten Theorie in dem Umstande, daß der Ausdruck Prästare in den Rechtsquellen zuweilen bei stricti Juris Judiciis, z. B. bei Stipulationen gebraucht wird. Denn, daß Prästare, neben der strengen, technischen, noch eine allgemeinere, weitere Bedeutung hat, wonach es jede obligationsmäßige Leistung bezeichnet, ist schon oben ausgeführt worden.

Wir haben zweitens schon oben, als Resultat unserer grammatisch-juristischen Prüfung des Wortes Prästare,

---

Bd. III. Nro 14. S. 259. Not. 2. Allen bonä Fidei Judiciis liegt nun aber im römischen Recht ein solcher Contract, im weiteren Sinne des Wortes, zum Grunde.

gefunden, daß es zwar nicht dem Dare allein und nicht dem Facere allein correspondirt, wohl aber mit Dare Facere gleichbedeutend erscheint [1]). Nun wird uns ferner auf das bestimmteste gesagt, daß die Intentio aller, aus bonä Fidei Obligationen entspringender in Personam Actiones auf: *quidquid ex bona fide dare facere oportet* gerichtet war [2]), also gerade auf diejenige Formel, welche dem Präſtare völlig entspricht.

Was also für die stricta Judicia, namentlich als Gegenstand der Stipulationen, Dare, oder Facere heißt, das heißt, als Gegenstand der bonä Fidei Obligationes, Dare Facere zusammen [3]), also Präſtare. Daher lautete die Stipulationsfrage immer so: *dabis?* oder *facies?* oder: *dari* spondes? oder: *fieri* spondes? oder: *non fieri* spondes? Die Stipulationsfrage wurde dagegen nicht so gefaßt: *dabis facies? dari fieri* spondes? Nur zuweilen leidet das eine Ausnahme, aber gerade eine solche, wodurch die Richtigkeit der Regel bedeutend bestätigt wird. Es war nämlich nicht selten der Fall, daß diejenigen, welche einen bonä Fidei Contractus abgeschlossen, aus besonderen Gründen, etwa um sich mehr, als gewöhnlich gegen einander zu sichern und zu verclausuliren, den Gegenstand des bonä Fidei Contractus noch in Stipulationsform zusammenfaßten. Dann bildeten den eigentlichen Gegenstand der Stipulation die wechselseitigen Präſtationen der Contrahenten aus dem bonä Fidei Contractus, also ein Dare Facere. Darum wurde auch, in solchen Fällen, der Ausdruck Dare Facere selbst mit in die Stipulationsformel aufgenommen, weil darauf

---

1) S. ob. S. 274. u. f.

2) Gaius IV. 47. — Val. Maximus lib. VIII. cap. 2. §. 1. — fr. 27. D. 46, 2.

3) Z. B. bei dem Kaufcontracte: fr. 27. D. 46, 2. — bei der Societas: fr. 11. D. 17, 2. — bei der Tutel: fr. 11. D. 46, 6.

in der That weder der bloße Ausdruck Dare, noch der bloße Ausdruck Facere paßte, dazu nicht genügte, sondern nur der vereinigte Ausdruck Dare Facere, welcher dem Prästare, nach dem Obigen, vollkommen entspricht. Daß aber dann nicht Prästare, sondern gerade Dare Facere gebraucht wurde, erklärt sich daraus, weil letztere Form offenbar die solennere, namentlich für die Klageformel gewöhnliche war, und darum, bei der Fassung der Stipulation, vorgezogen wurde.

Als recht sprechendes Beispiel mag hier dienen ein Fragment aus

[1]) Paullus lib. 3. Epitomarum Alfeni digestorum.

„Duo societatem coierunt, ut Grammaticam docerent, et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset. De ea re, quam voluerunt fieri, in pacto convento societatis proscripserunt, deinde inter se his verbis stipulati sunt: *haec, quae supra scripta sunt, ita dari fieri, neque adversus ea fieri; si ea ita data facta non erunt, tum viginta millia dari?* Quaesitum est, an, si quid contra factum esset, societatis actione agi posset? Respondit: si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent, *haec ita dari fieri spondes?* futurum fuisset caet.

[2]) Papinianus lib. 3. Respons.

„Emtor, cum, delegante venditore, pecuniam ita promittit, quidquid ex vendito dare facere oportet, novatione secuta, usuras neutri post insecuti temporis debet.“

Damit steht freilich scheinbar im Widerspruche der Umstand, daß auch die Intentio der Stipulationsklage, also einer stricti Juris Actio, da, wo wirklich ein reines Fa-

1) fr. 71. D. 17, 2.

2) fr. 27. D. 46, 2.

cere stipulirt worden, auf *dare facere oportere* gerichtet ist[1]), während doch den Gegenstand der Stipulationsobligatio immer wesentlich ein einseitiges Dare, oder Facere, nicht ein gegenseitiges Präſtare bildet. Allein das hat dort einen ganz anderen Zusammenhang.

Es konnte nämlich, wie sich geschichtlich nachweisen läßt, die Condictio, als die eigentliche Stipulationsklage, ursprünglich blos auf ein Dare und zwar nur auf das Dare eines Certum gerichtet werden. Als man nun aber im Laufe der Zeit anfieng, auch aus der Incerti Stipulatio eine Klage, die Incerti Condictio, oder Actio ex Stipulatu zu gestatten, so konnte das nur so geschehen, daß dem Judex bei der Condemnatio die genauere Bestimmung des Incerti, dessen Verwandlung in ein Certum, überlassen wurde. Ueberall nun, wo dieses der Fall war, lautete die Formel auf *dare facere oportere*[2]), weil hier dem Judex, auf eine entfernt ähnliche Weise, wie bei den bonä Fidei Judiciis, ein Taxiren und genaueres Bestimmen der Condemnationssumme, welche doch immer auf Geld gerichtet sein mußte, gestattet und zur Pflicht gemacht war[3]).

Ganz vorzüglich war nun aber das der Fall bei der auf Facere gerichteten Stipulation. Lange Zeit scheint es

---

1) Gaius IV. 136.

„Item admonendi sumus, si cum ipso agamus, qui incertum promiserit, ita nobis formulam esse propositam, ut praescriptio inserta sit formulae, loco demonstrationis, hoc modo: *judex esto, quod Aulus Agerius de Numerio Negidio incertum stipulatus est, cujus rei dies fuit, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet* caet."

Die auf ein Facere gerichtete Stipulation ist bekanntlich immer eine Incerti Stipulatio.

2) Gaius IV. 136.

3) Ein ähnliches Verhältniß trat ein bei der Actio ex Testamento, bei der Legatsklage, welche überhaupt mit der Stipulationsklage sehr nahe verwandt, und ebenfalls stricti Juris war.

gar nicht möglich gewesen zu sein, die Stipulation, mit Wirksamkeit, so geradezu auf ein Factum zu richten, indem die Condictio daraus niemals unmittelbar auf das Facere selbst und dessen Vornahme, sondern nur auf Dare gerichtet werden konnte. Erst allmählig gewöhnte man sich daran. Zuerst half man sich dadurch, daß man der Faciendi Stipulatio eine, auf eine bestimmte Geldsumme gerichtete Pöna hinzufügte. Auf das Dare dieser Pöna, also eines Certum, konnte dann füglich die Condictio gerichtet werden [1]). Allein dabei blieb man nicht stehen, sondern kam bald zu dem Grundsatze, daß, wenn auch eine solche Pöna der Faciendi Stipulatio nicht ausdrücklich beigefügt sein sollte, sie stillschweigend als beigefügt anzunehmen sei. Diese stillschweigend angenommene Pöna bestand nämlich in der Aestimatio, in dem zu Geld angeschlagenen Werthe des Facti für den Stipulator, in dem id, quod interest [2]). Das war um so natürlicher, weil wirklich die Pöna oft ausdrücklich auf das *quanti ea res est* gerichtet wurde [3]).

Daraus erklärt sich nun auch die sonst auffallende, eigenthümliche Natur der Faciendi Stipulatio in unseren Rechtsquellen. Wir finden nämlich auf der einen Seite, daß nicht blos *facta in stipulatum deducta* als rechtsgültige Stipulationen erwähnt werden [4]), sondern auch daß diese Facta, als solche, den eigentlichen Gegenstand der Obligatio aus den Stipulationen bilden. Denn durch die stipulationsmäßige Leistung und Vornahme des bestimmten Facti, d. h. durch die Vornahme desselben innerhalb der in

---

1) §. 7. J. 3, 16. (V. O.) — fr. 8. D. 2, 5. — fr. 6. D. 46, 5. — fr. 137. §. 7. D. 45, 1.

2) fr. 81. pr. D. 45, 1.

3) fr. 38. §. 2. D. 45, 1. — c. 5. C. 8, 38. — Donellus ad leg. 115. de Oblig. Verb. nr. 32. — Gans Obligationenrecht S. 81. u. f.

4) §. 7. J. 3, 16. — fr. 2. pr. u. §. 5. D. 45, 1.

der Stipulation selbst ausdrücklich festgesetzten, oder sonst sich, nach allgemeinen Grundsätzen, von selbst verstehenden Frist, wird die Obligatio aus der Stipulatio faciendi ipso Jure getilgt und ein solches Facere gilt als die eigentliche, wahre Solutio.

Wenn aber innerhalb dieser Frist das stipulirte Factum nicht geleistet worden ist, und jetzt der Creditor aus der Stipulatio klagen will, so kann und darf er nicht auf Vornahme des Facti klagen, sondern nur auf den Betrag der stillschweigend verabredeten Pöna, des id, quod interest[1]. Der Debitor kann auch, nach erfolgter Litiscontestation, sich nicht mehr der Verpflichtung das Interesse zu leisten, dadurch entziehen, daß er jetzt noch das Factum leistet. Denn jetzt ist es zu spät, indem der Kläger nunmehr, in Gefolge der in der Litiscontestation liegenden Novation, ein Recht auf das Interesse erhalten hat, und nur durch freiwilliges Fallenlassen des Prozesses, von Seiten des Klägers, kann das Obligationsverhältniß wieder in die Lage kommen, daß es durch die Leistung des stipulirten Facti, wie durch Solution, erlöscht.

So ist es zu verstehen, wenn in unseren Rechtsquellen so oft gesagt wird, der Gegenstand der Stipulatio faciendi sei das id, quod interest[2]. Denn das gilt nur von dem klagbaren Gegenstande derselben. Darum ferner geht die Klage auf *dare facere oportere*, obgleich die Obligatio ursprünglich auf Facere gerichtet war, indem auf das Präſtare des id, quod interest, was durch *dare facere* angedeutet ist, geklagt wird. Daß aber dieses *dare facere*, welches auch deßhalb nicht den Zusatz: *ex fide bona* erhält, ein ganz anderes ist, als das *praestare*, oder

1) fr. 13. §. 1. D. 42, 1. besonders am Schlusse. — fr. 44. §. 6. D. 44, 7. — fr. 68. fr. 81. fr. 84. fr. 72. pr. fr. 124. D. 45, 1. — §. 7. J. 3, 16. (V. O.) Theophilus ad h. l.

2) fr. 13. §. 1. D. 42, 1. — fr. 68. fr. 72. pr. fr. 81. D. 45, 1,

dare facere aus bonä Fidei Judiciis, ſpringt in die Augen. In beiden Fällen wird zwar ein id, quod intereſt eingeklagt, aber von ganz verſchiedener Art. Bei der Klage aus der Stipulatio faciendi beſteht das id, quod intereſt, in der einfachen Schätzung des einſeitigen Intereſſes des Klägers, ohne alle weitere Rückſicht. Bei dem bonä Fidei Judicium muß, bei der Beſtimmung des eingeklagten Intereſſes, das gegenſeitige Obligationsverhältniß der beiden Contrahenten, wie es in jedem bonä Fidei Judicium ſich findet, berückſichtigt werden. Es iſt übrigens hier der Ort nicht, dieſen, nur beiläufig zur Sprache gekommenen Punkt vollſtändig zu entwickeln. Er mußte hier nur, ſo weit es der Zweck dieſer beſtimmten Abhandlung nothwendig macht, berührt werden. Eine weitläuftigere Erörterung deſſelben behalte ich mir für eine andere Gelegenheit vor.

Den ſtärkſten Beweis für die hier aufgeſtellte Theorie, daß den Gegenſtand der bonä Fidei Obligationen weder zunächſt ein beſtimmtes Dare, noch ein beſtimmtes Facere, ſondern ein Präſtare bildet, liefert drittens die ganze Eigenthümlichkeit der bonä Fidei Obligationen ſelbſt. Es kann dieſelbe zwar hier nicht vollſtändig erörtert werden, indem dieſe nur aus einer durchgreifenden Unterſuchung des ganzen Verhältniſſes der bonä Fidei Judicia zu den ſtrictis Judiciis hervorgehen kann. Doch müſſen und dürfen ſchon hier einige Reſultate jener Unterſuchungen anticipirt werden.

Es bringt nämlich ſchon der eigenthümliche Character der bonä Fidei Obligationen, im Gegenſatze der ſtricti Juris Obligationen, mit ſich, daß ihr Gegenſtand ein ganz anderer ſein muß, als der der ſtricti Juris Obligationes.

Letztere ſind, ihrem Weſen nach, immer einſeitiger Natur, d. h. es iſt immer nur Eine der dabei intereſſirten, in den geſchloſſenen Obligationenkreis gehörenden Perſonen daraus berechtigt, während die Andere nur daraus verpflich-

tet erscheint [1]). Gegenseitige, wechselseitige Berechtigungen der Obligationsinteressenten, der Contrahenten, im weiteren Sinne des Wortes, kommen dabei niemals vor. Eben darum richtet sich das, was der Eine, der Debitor obligationsmäßig zu leisten hat, nicht im Mindesten nach dem, was etwa der Andere schon geleistet hat, oder leisten wird; denn dieser Andere hat gar nichts zu leisten, erscheint blos als Creditor. In Gefolge davon läßt sich nun auch zum Voraus der Gegenstand der Leistung des Debitors, sowohl dem Quantum, als der Art nach, möglichst bestimmt abmessen und angeben. Kurz! was und wie viel von dem Debitor geleistet werden soll, hängt hier nicht im Mindesten davon ab, was und wie viel ihm von der anderen Seite geleistet wird. Darum kann die Obligatio so scharf und direct auf das bestimmte Dare, und Facere lauten, weil dasselbe, ohne weitere Rücksicht auf die nachherigen Handlungen des Creditors, oder Debitors, immer dasselbe bleibt. Der bloße Umstand, daß aus der Faciendi Stipulatio, wenn das bestimmte Factum nicht zur rechten Zeit geleistet worden ist, blos auf das Interesse geklagt werden kann, ändert an diesem Verhältnisse nichts. Denn auch dieses Interesse ist nichts, als das reine, in der Stipulation bestimmte einseitige Facere, nur zu Geld angeschlagen.

Gerade umgekehrt gestaltet sich dieses Verhältniß bei den bonä Fidei Obligationen. Sie sind, ihrem Wesen nach, immer nothwendig auf eine gegenseitige, wechselseitige Leistung gerichtet, indem beide Contrahenten aus demselben Obligationsverhältnisse Verbindlichkeiten übernehmen [2]). Diese beiderseitigen Verbindlichkeiten aus derselben

1) §. 3. J. 3, 23. u. Theophilus ad h. l. — fr. 2. §. 3. D. 44, 7. — §. 3. u. 4. J. 3, 28. — Theod. Hermop. lib. 10. tit. 4. ἐπὶ στρίκτων ἤτοι μονοπλεύρων. (bei Vinnius ad §. 28. J. 4, 6. nr. 2. citirt.)

2) §. 30. J. 4, 6. — §. 3. J. 3, 23. — §. 3. u. 4. J. 3, 28. — fr. 2.

Obligatio [1]) sind zwar bei weitem nicht immer von derselben Art, stehen aber doch immer mit einander in einem genauen Verhältnisse, so daß die einen gewissermaassen durch die anderen bedingt sind. Denn, was und wie viel der Eine Contrahent zu leisten hat, auf was er namentlich aus der Obligatio klagend in Anspruch genommen werden kann, das hängt grossentheils davon ab, was und wie viel der Andere geleistet hat. Der eigentliche letzte Gegenstand der Obligatio, wenn es zur klägerischen Geltendmachung derselben kommt, ist also das, was, nach der gegenseitigen endlichen Abrechnung, in dem bestimmten Momente, wo die richterliche Entscheidung erfolgen soll, der Beklagte dem Kläger noch schuldet. Dieses Resultat kann aber, seiner Natur nach, nicht aus einem zum Voraus bestimmten Dare, oder Facere bestehen, eben weil es erst von der Prüfung, Ausgleichung und Abwägung der gegenseitigen Verbindlichkeiten und Leistungen abhängt. Es kann nur in dem, nach jener vom Richter ex Officio anzustellenden Compensation, noch übrig bleibenden Interesse des Klägers bestehen. Dieses hat der Richter, *ex aequo et bono*, zu bestimmen. Darum sagt auch Justinian so bestimmt in der Hauptstelle über das Wesen und den Gegenstand der bonä Fidei Obligationen: der Richter habe dabei ex aequo et bono zu bestimmen, wie viel, *quantum* dem Kläger, als *reliquum*, geleistet werden müsse, mit Rücksicht auf das, *compensato eo*, nach Abzug des-

§. 3. D. 44, 7. Vergl. HOTOMAN. ad §. 28. J. 4, 6. — VINNIUS ad §. 28. J. eod. — SCHULTING ad PAULLI sent. rec. lib. II. tit. 5. §. 3. not. 11. — BACHOV. Tractatus de actionibus Disp. 6. th. 11. — Gans Obligationenrecht. HEFFTER ad GAII lib. IV. Cap. XV. pag. 76. u. f.

1) Daher denn auch die dabei so oft wiederkehrenden Ausdrücke: *invicem experiri*. GAI. IV. 61. — §. 30. J. 4, 6. — *invice mobligari*. fr. 5. pr. D. 44, 7. — *mutuae actiones*. fr. 5. §. 1. 2. 3. D. 44, 7. — §. 2. J. 3, 28. — *ultro citroque actiones et praestationes*. §. 1. J. 3, 28. — fr. 1. D. 10, 3.

jenigen, *quod invicem praestare acterem oporteat*[1]). Es ist dieses die, nur bei bonä Fidei Judiciis mögliche compensatio *ex eadem causa*, welche man so oft ganz übersieht, und welche von der gewöhnlichen Compensation *ex diversa causa* ganz verschieden ist[2]).

Dieses, dem Judex ganz allgemein bei bonä Fidei Judiciis zur Pflicht gemachte compensare ex eadem causa hat aber nicht blos auf das Quantum des zu Leistenden Einfluß, sondern auch auf die Art der Leistung selbst, indem dasjenige, was, nach allgemeinen Grundsätzen, etwa regelmäßig zu leisten gewesen wäre, durch die Art, wie der Mitcontrahent seinerseits sich in Rücksicht der ihm obliegenden Leistung, benommen hat, in eine ganz andere Leistung übergeht, oder sich gar in nichts auflöst. So kann aus der Faciendi Obligatio eine Dandi Obligatio werden, wenn wir überhaupt diese Ausdrücke hier auf die bonä Fidei Judicia anwenden wollen. Allerdings ist z. B. der Käufer im Allgemeinen aus dem Kaufcontracte zur Bezahlung des verabredeten Kaufgeldes schuldig und das würde, nach dem bei den stricti Juris Obligationen herrschenden Sprachgebrauche, ein Dare sein. Aber, wenn ihm nicht tradirt, oder nicht recht, oder nicht zur rechten Zeit tradirt, namentlich nicht das *habere licere* prästirt wird, wenn die Sache die zugesicherten guten Eigenschaften nicht hat, oder wenn sie an gewissen, nicht angezeigten, ungewöhnlichen, heimlichen Mängeln leidet, so kann jene Zahlungsverbindlichkeit des Verkäufers bis auf nichts herabkommen, ja! er selbst in die Lage kommen, seinerseits eine Summe Geldes verlangen zu dürfen. Der Verkäufer ist ferner zwar im Allgemeinen verpflichtet, die verkaufte

1) §. 30. J. 4, 6.

2) Gaius IV. §. 63. — §. 30. J. 4, 6. — §. 39. J. eod. — fr. 52. §. 2. D. 10. 2. — fr. 14. §. 1. D. 10, 3. — fr. 18. §. 4. D. 13, 6.

Sache zu tradiren; aber wie oft und wie leicht geht diese Verbindlichkeit, wegen nicht zu bewerkstelligender Tradition, wegen eintretender Eviction, wegen physischer Mängel, die sich offenbaren, ganz, oder theilweise in eine ganz andere Leistungsart, in Geldentschädigungen, über? Auch braucht er nur dann zu tradiren, wenn ihm das Kaufgeld bezahlt worden ist. Eben so bei dem Miethcontracte und den übrigen Obligationsverhältnissen, welche bonä Fidei sind. Welche Modifikationen in den gegenseitigen Leistungsverbindlichkeiten werden ferner nicht durch die Pflicht, einen geringeren, oder höheren Grad der Diligentia zu prästiren, hervorgebracht! Schon die juristische Möglichkeit der s. g. Pacta adjecta, welche hier einen integrirenden Theil des Obligationsverhältnisses selbst, dem sie beigefügt werden, bilden, und dasselbe, ab- oder zuthuend, bedeutend modificiren, bringt es mit sich, daß jeder Obligationsfall dieser Art seine besonderen Eigenthümlichkeiten, welche auf Bestimmung desjenigen, was beide Contrahenten einander zu leisten verbunden sind, von großem Einfluße sind, haben kann. Jeder Obligationsfall muß daher vom Richter gewissermaassen nach eigenthümlichen, besonderen Grundsätzen, mit Berücksichtigung der concreten Verhältnisse und des gegenseitigen Benehmens dieser Partheien, kurz *ex aequo et bono* entschieden werden.

Worin besteht aber am Ende dieses aestimare ex aequo et bono, *quantum actori reum praestare oportet?* In der Berechnung des gegenseitig zu prästirenden Interesses der Contrahenten, und zwar nach so vielen individuellen Rücksichten. Kurz! wir finden in der That, wenn wir in dem ganzen Sprachschatze des römischen Rechtes, nach einem passenden Worte zur Bezeichnung dieser, schon ihrer Natur nach so unbestimmten, schwankenden, leicht wechselnden Leistungsverbindlichkeiten suchen, kein einziges, als das Wort Prästare, oder, was nach dem Obigen gleichbedeutend ist, Dare Facere. Prästare drückt nämlich das Dare

Facere nur etwas kürzer und weniger formell aus. Denn wie kann man von einem Contrahenten sagen, er sei *ad dandum* verpflichtet, wenn sich es, nach Erwägung der individuellen Verhältnisse, hinterdrein herausstellt, daß er selber noch etwas herausbezahlt verlangen darf? Wie kann man von einem Contrahenten sagen, er sei *ad faciendum* verpflichtet, wenn gegen ihn, statt auf die bestimmte Handlung, beliebig von dem anderen Contrahenten auf Prästation des Interesses, also auf Geldzahlung geklagt werden kann? So heißt es z. B. allgemein von dem zu dem Tradere verpflichteten Verkäufer, daß, wenn er nicht tradire, gegen ihn auf das *id, quod interest* zu klagen sei [1]).

Aus demselben Grunde erklärt es sich denn auch, warum derjenige, welcher aus einem bonä Fidei Judicium klagte, sich keiner Plus Petitio schuldig machen konnte. Denn er verlangte gar nichts bestimmtes, sondern erklärte, sich mit demjenigen begnügen zu wollen, es sei viel, oder wenig, es sei was es wolle, was ihm der Richter ex aequo et bono zubilligen werde [2]).

Darum endlich haben die Römer niemals bezweifelt, daß die Verbindlichkeiten der Contrahenten aus bonä Fidei Judiciis unbedingt und ohne Unterschied des Gegenstandes der Leistung auch auf die Erben übergehen [3]), während bis auf Justinian zweifelhaft blieb, ob die Stipulationes in Faciendo auf die Erben der Contrahenten übergehen [4]). Als Grund des Zweifels wird von Justinian selbst angegeben, „*non esse possibile, factum ab alio compleri, quod alii impositum est* [5]).“ Man glaubte also die Eigenthüm-

1) fr. 1. pr. D. 19, 1.

2) Cicero pro Roscio Com. cap. 4. — Gaii Comm. IV. 54. u. 60.

3) Die einzelnen speziellen Ausnahmen beruhen auf besonderen Gründen.

4) c. 13. C. 8, 38.

5) c. 13. cit.

lichkeit des direct und zunächſt auf ein beſtimmtes Facere gerichteten Contractes vertrage ſich nicht mit dem Uebergange der Verbindlichkeit dazu auf die Erben. Bei bonâ Fidei Contracten konnte dieſer Zweifel gar nicht aufkommen, eben darum, weil ſie niemals zunächſt und direct auf ein beſtimmtes Facere giengen, ſondern auf ein Präſtare, was ſich in die Leiſtung des Intereſſes auflöſt und unbedenklich auch von den Erben geſchehen kann, ſo wie ja auch nie bezweifelt worden iſt, daß die Stipulationes *in dando* auf die Erben übergiengen [1]). Hätten die Römer wirklich auch aus bonâ Fidei Contracten eine wahre Faciendi Obligatio angenommen, ſo wäre es ja die größte Inconſequenz geweſen, wenn ſie denſelben Zweifel, den ſie, in dieſer Beziehung, bei den auf Facere gerichteten Stipulationen äuſſerten, nicht auch mit auf die erſteren erſtreckt hätten.

Um übrigens nichts zu übergehen, woraus irgend ein ſcheinbarer Einwand gegen dieſe Theorie von Präſtare entnommen werden könnte, möge hier noch folgende Bemerkung ihren Platz finden.

Wenn nämlich, wie bisher ausgeführt worden, Präſtare techniſch zunächſt die aus den bonâ Fidei Judiciis entſpringenden, gegenſeitigen Leiſtungen bezeichnet, ſo könnte es in der That auffallen, daß die in Perſonam Actio aus jenen Obligationsverhältniſſen, ihrer Intentio nach, nicht ebenfalls auf *praestare oportere* gerichtet iſt, beſonders da Gajus [2]) uns ſehr beſtimmt ſagt, daß die Intentio der Klage immer genau auf ihren eigentlichen Gegenſtand gerichtet ſein müſſe. Dennoch finden wir dafür regelmäßig die Intentio auf *dare facere oportere* gerichtet. Allein dieſer Einwurf erledigt ſich im Grunde ſchon von ſelbſt durch die beſtimmte Aeuſſerung deſſelben Gajus:

---

1) c. 13. cit.

2) Gaii Comm. IV. 53.

„*In personam actio est, — cum intendimus dare, facere, praestare oportere.*“

Denn diese Worte, womit Gajus die ganze Lehre von den persönlichen Klagen eröffnet, und welche gerade deßhalb so bedeutend erscheinen, weil sie an die Spitze der ganzen nachfolgenden Abhandlung des Actionenrechtes gestellt worden sind, beweisen vollkommen, daß wirklich bei einigen persönlichen Klagen die Intentio auf *praestare oportere* lautete. Wenn wir nun dennoch, in vielen anderen Stellen, für die Klagen aus der bonä Fidei Obligatio die Intentio auf: *dare facere oportere*, oder noch spezieller, auf: *quidquid ex fide bona dare facere oportere* lautend finden, so liegt darin kein Widerspruch. Denn *dare facere*, oder *quidquid ex fide bona dare facere oportet*, ist ja eben nur eine formellere Umschreibung des Prästare.

Der Grund aber, warum die Römer, bei der Formulirung der Klage selbst, sich regelmäßig der Worte *dare facere* bedienten, liegt ziemlich nahe. Denn es ist das vorerst offenbar die formellere Fassung und mußte schon deßhalb, in der Anwendung selbst, den Vorzug verdienen. Auch liegt darin wirklich der doppelt mögliche, unbestimmt gelassene Gegenstand der Actio prägnanter ausgedrückt. Wenn daher die Römer nicht die Formel selbst in Concreto wörtlich angeben wollen, so begnügen sie sich mit dem Worte Prästare; wie z. B. wenn sie nur ganz allgemein den Gegenstand der bonä Fidei Obligatio und Actio angeben wollen. Wenn sie aber die vollständige Formel angeben, so heißt es: *quidquid ex bona fide dare facere oportet.*

Dazu kommt noch ein historisches Moment. Ursprünglich waren alle Klagen aus Obligationen, wie sich das aus dem ganzen allmähligen Entwickelungsgange des römischen Actionensystemes von dem *strictum jus*, den strengen Grundsätzen des Civilrechts, zu dem *aequum et bonum*, zu den billigeren Grundsätzen des Jus Gentium nachweisen läßt, stricti Juris

Juris Judicia. Daher die urſprüngliche Formel auf Dare, oder Facere oportere lautete. Als nun ſpäterhin die auf gegenſeitige Präſtationen gerichteten bonä Fidei Judicia aufkamen, mußte die Formel der Intentio anders lauten. Allein, da man ſchon die beiden formellen Ausdrücke: Dare und Facere hatte, ſo lag es dem natürlichen Ausbildungsgange der Formeln näher, die neue Formel aus einer Vereinigung der beiden ſchon vorhandenen zu bilden, als ein ganz neues Wort in die Formel aufzunehmen. Beſonders da, wie ſchon oben gezeigt worden, Dare Facere vollkommen der auszudrückenden Intentio entſprach.

So hätte ſich denn als Reſultat herausgeſtellt, daß da, wo neben dem Dare und neben dem Facere, noch, als Drittes, ein Präſtare, als Gegenſtand der Obligationen genannt wird, die Ausdrücke Dare und Facere, die beiden möglichen Arten von einſeitigen Leiſtungen aus ſtricti Juris Obligationen, beſonders aus Stipulationen bezeichnen, das Wort Präſtare dagegen die gegenſeitigen Leiſtungen aus bonä Fidei Judiciis bezeichnet.

Damit iſt denn freilich, in gewiſſer Beziehung, der geſammte Gegenſtand der obligationsmäßigen Leiſtungen erſchöpft. Denn auf dieſe beiden Gattungen laſſen ſich alle Obligationen zurückführen. Zwar werden, noch neben den bonä Fidei und ſtricti Juris Judiciis, die arbitraria Judicia genannt [1]), aber ſie knüpfen ſich nicht, als dritte Art, unmittelbar an die bonä Fidei und ſtricti Juris Judicia an, ſondern bilden eine eigene, ſelbſtſtändige Eintheilung für ſich, im Gegenſatze der non arbitraria Judicia, ſo wie ſie auch ſich nicht auf bloße Obligationsverhältniſſe und perſönliche Klagen beſchränken. Daher läßt ſich in der That, wenn wir bei den dazu gehörenden perſönlichen Klagen ſtehen bleiben wollen, der Gegenſtand der arbitraria Judicia um

---

1) §. 31. J. 4, 6.

so sicherer auf ein Dare, oder Facere oder Prästare zurückführen, als sie, wie an einem anderen Orte von mir gezeigt werden soll, nur besonders modificirte bonä Fidei, oder stricta Judicia sind.

Dennoch ist es sehr natürlich, daß die Römer da, wo sie recht genau und bedachtsam die Worte abwägen, wo sie jedem Mißverständnisse, jeder falschen Deutung entgegen arbeiten wollen, also namentlich in der Fassung ihrer Leges, bei der Angabe des möglichen Gegenstandes der verschiedenen dinglichen und persönlichen Vermögensklagen, und der mancherlei ihnen correspondirenden Leistungsarten, auch auf die Eigenthümlichkeit der arbitrariä Actiones Rücksicht nahmen. Es lag ihnen das um so näher, weil gerade ein sehr wichtiger Theil der Vermögensklagen, die dinglichen, in der Eintheilung in stricta und bonä Fidei Judicia nicht mitbegriffen waren [1]).

Eine nicht undeutliche Spur einer solchen sorgfältigen Terminologie finden wir nun in der schon oben abgedruckten Stelle der Prozeßordnung für das cisalpische Gallien; wo neben dem *dare, facere, praestare,* noch *restituere, satisve facere* vorkommt. Da nämlich, in der Hauptstelle des römi-

1) Die Hereditatis Petitio wird zwar, im neuesten römischen Rechte, förmlich von Justinian unter die bonä Fidei Judicia aufgenommen, mit der Bemerkung, daß es schon früher bestritten gewesen sei, ob sie dazu gehöre. c. ult. §. 3. C. 3, 31. — §. 28. J. 4, 6. Allein es wird von mir, bei einer anderen Gelegenheit, gezeigt werden, daß die Hereditatis Petitio nicht in ihrer Eigenschaft als in Rem Actio, sondern zunächst blos mit Rücksicht auf die bei ihr, besonders seit dem bekannten Senatusconsult von Hadrian, zur Sprache kommenden, gegenseitigen, klagbaren Prästationes personales, wodurch sie zum Theil die Natur einer in Personam Actio annimmt, für ein bonä Fidei Judicium erklärt worden ist. Vergl. vorläufig c. ult. §. 1. C. 3, 31. Verb. Postquam enim — condictione. — fr. 25. §. 18. D. 5, 3. — c. 7. C. 3, 31. — Hotoman. ad §. 28. J. 4, 6. — Bachov. c. l. th. 1.

ſchen Rechtes über die arbitraria Judicia, in §. 31. J. 4, 6. das Weſen derſelben darin geſetzt wird, daß der Beklagte, nisi arbitrio judicis — actori *satis faciat*, veluti rem *restituat*, verurtheilt werden müſſe, daß ferner der Judex dabei ex bono et aequo zu beſtimmen habe, quemadmodum actori *satisfieri* oporteat: ſo iſt es gewiß keine zu gewagte Vermuthung, daß dieſe Ausdrücke: *satisfacere* [1]) und *restituere* als die charakteriſtiſchen zur Bezeichnung der Leiſtungen des Beklagten aus den arbitrariis Judiciis betrachtet und, in dieſer Eigenſchaft, zuweilen mit *dare*, *faccere* und *praestare*, als den characteriſtiſchen, für bonä Fidei und ſtricta Judicia, cumulirt wurden.

---

1) Vielleicht geht aber auch das *satisve facere* in der citirten Lex darauf, weil, bei den auf *restituere* gerichteten arbitrariä Actiones, der Beklagte entweder *restituere* mußte, oder durch Bürgen caviren, *satisdare*, daß er künftig reſtituiren wolle. §. 2. J. 4, 17. — fr. 11. 21. 27. §. 4. fr. 47. D. 6, 1. — fr. 16. §. 3. D. 20, 1.

IX.

Beiträge zu der Lehre von den Verfügungen des Appellationsrichters, insbesondere von Relevanzbescheiden und Ordinationen.

Von

Linde.

§. 1.

Nach römischem Rechte mußte der Unterrichter, nachdem die Appellation eingewendet und angenommen [1]) war, dem Appellanten litterae dimissoriae oder apostoli, nebst Abschrift der verhandelten Acten einhändigen. Dem Appellanten blieb es dann überlassen, binnen gesetzlich bestimmter Zeit die Apostel und Acten dem höhern Richter zu überbringen, und dadurch die Appellation einzuführen. Der Appellant mußte auch bereit seyn am Tage der Einführung die Rechtfertigung vorzutragen. Eben so mußte der Appellat, der nicht besonders geladen wurde, wenn er einen Widerspruch oder Beschwerden vorzubringen beabsichtigte, an demselben Tage erscheinen und handeln. Es waren genau die Folgen bestimmt, welche eintraten, wenn nur ein oder kein Theil erschien, und daß die Partheien am Tage der Einführung auch zur Rechtfertigung und beziehungsweise zur Vorbringung von Beschwerden und

1) Archiv für civ. Prax. XXI. S. 21 f. Vergl. Heffter Institut. S. 40 f.

Widerspruch bereit seyn sollten, war so feststehender Grundsatz, daß der Gesetzgeber für nothwendig hielt, auszusprechen, daß wenn es dem Richteramte nicht gefalle, an dem bestimmten Tage die Partheien vollständig handeln zu lassen, dieses ihnen nicht präjudiziren dürfe, sondern die Verhandlung nachgeholt werden solle [1]). Waren die Fatalien versäumt, dann ging nach älterem Rechte das Judicat ex tunc in Rechtskraft, ohne daß es einer ausdrücklichen Erklärung des Appellationsrichters bedurfte [2]). Hieran ist im späteren Rechte allerdings vieles geändert [3]), wodurch aber nur bezweckt wurde, dem materiellen Rechte zum Siege zu verhelfen, und die Partheienrechte möglichst gleich zu stellen, und vollständiges Gehör beider Theile zu sichern [4]). Es lag hiernach durchaus in der ganzen Einrichtung des Verfahrens nach römischem Rechte, daß über das Materielle der appellantischen Beschwerden nicht in höherer Instanz entschieden werden konnte, bevor nicht der Appellat wenigstens Gelegenheit gehabt hätte, seinen Widerspruch und seine Beschwerden vorzubringen und zu begründen, und stets fanden sie selbst amtliche Berücksichtigung des Appellationsrichters.

Das canonische Recht geht zwar im Wesentlichen von denselben Grundsätzen aus, unterscheidet aber schärfer Einwendung, Einführung und Rechtfertigung der Appellation sowohl rücksichtlich der Fristen für die Vornahme dieser Handlungen, als rücksichtlich des Inhalts der Handlungen selbst. Dieser Betrachtungsweise schloß sich auch die Reichsgesetzgebung an [5]). Mit diesen Veränderungen in der Form des

---

1) Nov. 119. Cap. 4. — Vergl. hierüber meine Abhandl. im Arch. für civ. Prax. XIX. S. 481—484.

2) Fr. 5. §. 1. de his qui notantur inf. 3, 2. Const. 2. 5. §. 4. de temp. et reparat. 7, 63.

3) Const. 39. de appellat. 7, 62. Nov. 49. c. 1. Nov. 126. c. 2.

4) Arch. für civ. Prax. XIX. S. 464 f. u. S. 2 f S. 278 f.

5) Die nähere Entwicklung für diese Behauptungen, liegt in meinen Auf-

Appellationsverfahrens, wornach die einzelnen Partheienhandlungen in bestimmten geregelten Abschnitten vorkamen, hingen nothwendig auch bestimmte richterliche Verfügungen zusammen, nämlich besondere Verfügung auf die Introduction, besondere auf die Justification, und endlich Verfügung nach dem erfolgten Actenschlusse auf vollständige Verhandlung in der Appellationsinstanz.

§. 2.

Die Verfügung des Appellationsrichters auf die Introduction besteht in dem Falle, daß die Fatalien und Formalien nicht beobachtet sind, und nicht einmal um Restitution, wenn diese im Allgemeinen [1]) zulässig wäre, gebeten ist, darin, daß die Appellation sogleich verworfen wird (Abschlagsdecret — reiectorium). In einem solchen Falle würde es in der That auch ganz zwecklos seyn, den Appellaten zu hören, oder Acten mit Bericht einzufordern, da die Sache gar nicht zur Competenz des Appellationsrichters erwachsen ist.

Wenn dagegen die Fatalien und Formalien gehörig beobachtet sind [2]), oder doch wenigstens um Restitution gebeten ist, dann wird gewöhnlich die Frist zur Rechtfertigung der Appellation ertheilt [3]). Nach canonischem Rechte sollte der Appellations-

sätzen: „Beiträge zur Lehre von der Appellation, im Arch. für civ. Prax. XIX.

1) Bei mangelnder Appellationssumme z. B. ist die offenbar unzulässige Appellation begreiflich, wenn über jenen Mangel kein Zweifel ist, ohne weiteres abgeschlagen.

2) Wenn etwa noch Zweifel vorliegen, die durch, dem Appellanten aufzugebende, Berichtigungen baldigst beseitigt werden können, so kann ihm dieses, bei Strafe der Desertion, binnen einer bestimmten Frist zu erledigen, aufgegeben werden, wenn es, um Aufenthalt zu verhüten, nach Lage des Falles, nicht angemessener ist, diese Aufklärungen mit andern Hauptbhandlungen beizubringen, aufzugeben.

3) Arch. für civ. Prax. XIX. S. 283 f.

richter schon in diesem Stadium der Procedur auf den Gehalt der Beschwerden insoferne Rücksicht nehmen, als er den mit offenbar grundloser Appellation auftretenden Appellanten nicht zur Appellation zulassen, sondern an den Unterrichter zurückweisen sollte.

„Unde mandamus: quatenus si quando contigerit, aliquem de clericis a praefato episcopo ad tuam audientiam appellare, non ante appellationem admittas, quam tibi constiterit, eam vel a gravamine, vel iniusta condemnatione prorectam; alioquin ipsum ad praedicti episcopi audientiam remittas, appellatione remota eius iudicio pariturum“ [1]).

Diese Bestimmung blos auf den Fall beziehen zu wollen, wenn schon die Rechtfertigung erfolgt ist [2]), dürfte nicht zulässig seyn, da das Gesetz dafür keine Andeutung enthält. Der Gerichtsgebrauch scheint gleichwohl von jeher wegen offenbarer Unerheblichkeit der Beschwerden die Appellation doch nicht leicht eher, als bis der Appellant mit seiner Rechtfertigung gehört worden ist, abgeschlagen zu haben. Es läßt sich nicht läugnen, daß schon aus der Introductionsschrift vollständig klar hervorgehen kann, daß die Beschwerden offenbar unbegründet sind, und in einem solchen Falle würde auch schon auf die Introduction wegen gänzlichem Mangel der Beschwerde ein Abschlagsdecret erfolgen dürfen, wenn nicht die Rücksichten wegen Gemeinschaftlichkeit des Rechtsmittels und wegen möglicher reformatio in pejus auch in solchem Falle noch Vorsicht anempfehlen. Wir werden hierauf später zurückkommen, und bemerken hier nur, daß alle Rücksichten, die nach erfolgter Rechtfertigung der Oberrichter zu nehmen hat, noch viel dringender zu beachten sind, wenn erst blos die Einführung erfolgt ist.

---

1) Clem. III. a. 1190. Cap. 38. X. de appellat. 2, 28. — Vergl. Innoc. III. a. 1216. Cap. 59. X. eod.

2) Martin, Lehrb. des Civilproz. §. 289. Note c.

So viel ist aber als ausgemacht zu betrachten, daß auf die bloße Einführung hin, der Appellationsrichter eine abändernde Verfügung nicht erlassen darf.

§. 3.

Nach erfolgter Justification wird in Bezug auf die möglichen richterlichen Verfügungen gelehrt, daß diese dreifacher Art seyn könnten.

1) Abschlagsdecrete. Diese erfolgen in allen denjenigen Fällen und in dem Umfange, worin sie auch auf die Einführung schon erfolgen konnten, und erfolgt wären, wenn damals die Gründe schon so bestimmt vorgelegen hätten, als es nach erfolgter Justification erst etwa der Fall ist. Insbesondere ist man nicht zweifelhaft, daß man nun auch ex defectu materialium die Appellation sogleich verwerfen kann, wenn die Beschwerden des Appellanten jetzt schon offenbar als ganz grundlos sich darstellen. Weil hierbei vorausgesetzt wird, daß nichts zum Nachtheil des Appellanten erkannt werde, so hält man es für unnöthigen Zeit- und Kostenaufwand, ihn vorerst noch zu hören [1]).

2) Erkennung der Appellationsprozesse. Wenn keine Gründe für ein Abschlagsdecret vorhanden sind, also insbesondere auch die Beschwerden sich nicht offenbar als unerheblich darstellen, dann leitet der Appellationsrichter weitere Verhandlung ein, d. h. er erkennt Appellationsprozesse. Die deßfallsige Verfügung kann darin bestehen: a) daß dem Unterrichter jedes weitere Vorschreiten in der Sache untersagt wird (inhibitoriales), b) daß ihm die noch nicht geschehene Einsendung der Acten mit Bericht befohlen wird (compulsoriales); c) daß dem Appellaten die Einführungs- und Rechtfertigungsschrift mitgetheilt wird, um bin-

1) Martin, a. a. O. §. 289. Note c Mehlen, von der Appellation §. 106.

nen einer bestimmten Frist seine Erinnerungen (Appellations-Exceptions-Schrift) dagegen abgeben zu können. Werden diese Verfügungen zusammen erlassen, so sind vollständige Appellationsprozesse (plenarii appellationis processus) erkannt. Wenn dagegen die eine oder andere jener Verfügungen nicht erfolgt, oder, was bisweilen geschieht, die Einführungs- und Rechtfertigungsschrift dem Appellaten vorläufig nur zur Nachricht mitgetheilt, und dem Unterrichter die Einsendung der Acten mit Bericht anbefohlen wird; dann sind unvollständige Appellationsprozesse (app. proc. minus pleni) vorhanden.

3) Ordinationen. Wenn die von dem Appellanten geführte Beschwerde für so offenbar begründet gefunden wird, daß eine Rechtfertigung des unterrichterlichen Erkenntnisses auf keine Art möglich scheint, so erläßt der Appellationsrichter, ohne den Appellaten vorher zu vernehmen, eine Ordination (rescriptum de emendando vel tollendo gravamine) wodurch dem Unterrichter ohne weiteres befohlen wird, der Beschwerde abzuhelfen [1]).

Nach dem gemeinrechtlich-gerichtlichen Sprachgebrauche nennt man die, auf die Einführungs- und Justificationsschrift erlassenen Verfügungen, wodurch der Richter das Rechtsmittel annimmt oder verwirft, Relevanzbescheide oder Relevanzdecrete [2]). Diese sind sonach entweder rejectorisch oder beifällig, annehmend. Diejenige Verfügung dagegen, wodurch der Appellationsrichter, ohne vorher den Appellaten zu hören, die durch die unterrichterliche Sentenz

1) Bayer, Vorträge S. 487 f. Mehlen, a. a. O. §. 108.

2) Danz, ord. Proz. §. 436. Grolman, Theorie §. 210 f. Gensler, Comment. zu Martin. Ausg. v. Morstadt II. S. 135. Gönner, Handb. III. S. 279. Bei nicht devolutiven Rechtsmitteln, wo neben der Einwendung nicht auch eine Einführung vorkommt, erfolgt auch auf die Einwendung ein Relevanzbescheid. S. Gensler, a. a. O. S. 132. u. 135. Mein Lehrb. §. 415.

dem Appellanten zugefügte Beschwerde dadurch beseitigt, daß er dem Unterrichter rescribirt, wie dieser, ohne prozessualische Weitläufigkeit seine Verfügung nach dem oberrichterlichen Beschluß einzurichten habe, wird nicht Relevanzdecret [1]), sondern Ordination genannt [2]).

Die Verfügung dagegen, welche, nachdem die Appellationsrechtfertigungs- und Appellationsexceptionsschrift eingereicht —, oder zur Einreichung der letztern, durch Erkennung vollkommner Appellationsprozesse wenigstens Gelegenheit gegeben — worden, das Resultat der angestellten nochmaligen Prüfung der beschwerenden Verfügung angiebt, und diese abändert oder bestätigt, auch wohl erklärt, und über die Kosten dieser Instanz verordnet, heißt Appellationserkenntniß [3]).

§. 4.

Vergleicht man nun die verschiedenen Arten der oberrichterlichen Verfügungen ihrem Inhalte nach, wie sie nach der Introduction der Appellation vorkommen können, mit den angegebenen Begriffen von Relevanzbescheid, Ordination und Appellationserkenntniß, so ergiebt sich, daß die Verfügung, wodurch der Appellationsrichter auf die Introduction sogleich den Appellanten ex defectu *materialium* abweißt,

---

1) S. jedoch Heffter, Institut. S. 474.

2) Gensler, a. a. O. S. 149.

3) Bei andern Rechtsmitteln z. B. der Revision, Supplication, Leuterung u. s. w. erhält das Erkenntniß stets den Namen von dem Rechtsmittel, also Revisionserkenntniß, Leuterungserkenntniß u. dgl. Allen diesen Erkenntnissen gibt Martin, Lehrb. §. 281. (270.), den Namen Relevanzbescheide, behauptet, daß alle früheren Bescheide den Namen nicht führen, und daß meine dagegen gemachte Erinnerung wohl nur auf einem Mißverständnisse beruhe. Ich habe indessen beim sorgfältigsten Nachsuchen nur finden können, daß ein durchaus fester Sprachgebrauch nicht besteht, daß aber der, den ich stets dafür als am allgemeinsten verbreitet angenommen habe, es, so viel ich erfahren konnte, auch jetzt noch ist.

sowie die, wodurch er nach eingelangter Justification und eingezogenen Acten, ohne den Appellaten vorher gehört zu haben, gegen den Appellanten in pejus informirt, sowie die, wodurch er nach eingelangter Justifikation durch einen Bescheid, nicht in Rescriptsform, den Beschwerden des Appellanten abhilft, nach den aufgestellten Begriffen weder Relevanzbescheide, noch Ordinationen, noch Appellationsurtheile sind. Wenn nun aber diese drei Formen der oberrichterlichen Verfügungen dennoch alle appellationsrichterlichen Erlasse erschöpfen sollen, so muß nothwendig die darüber aufgestellte Begriffsbestimmung unrichtig, im vorliegenden Falle zu enge seyn. Man braucht nur beliebig Schriften über den Prozeß zur Hand zu nehmen, oder selbst über die Bedeutung der Ausdrücke in einzelnen Ländern sich zu erkundigen, um die Ueberzeugung zu gewinnen, daß Unsicherheit und Schwanken über die fraglichen Begriffe herrscht, und welche Verschiedenheit der Ansicht, selbst bei unseren ausgezeichnetesten Prozessualisten, welche sich darüber ausgesprochen haben, daraus entstanden ist.

Um zu klaren Begriffen über die rechtlich möglichen und nothwendigen richterlichen Verfügungen in der Appellationsinstanz, und über deren daraus sich ergebenden Umfang und Inhalt zu gelangen, muß man sich an die Bedingungen der Zuständigkeit des Appellationsrichters, in einer Sache Verfügung zu ertheilen, erinnern. Nicht gegen alle richterlichen Verfügungen und nicht in allen Sachen sind Rechtsmittel und insbesondere nicht Apellationen zulässig; und in denjenigen Fällen, wo der Streitgegenstand an sich und die zur Frage kommende unterrichterliche Verfügung sowohl, als der Streitgegenstand sich zur Appellation eignen, haben die Gesetze gewisse Fatalien und Formalien vorgeschrieben, deren Einhaltung gleichfalls die Zulässikeit der Prüfung der Sache durch den höhern Richter bedingen. Für die definitive Erledigung der Frage: ob alle Bedingungen, wodurch der Appellationsrichter

befugt wird, in der Sache eine wiederholte Prüfung anzustellen und Entscheidung zu geben, vorhanden seyn? ist derselbe Appellationsrichter selbst die zuständige entscheidende Behörde. Darum hat der Appellationsrichter, bevor er das zur Aufklärung der Hauptsache selbst erforderliche Verfahren zum Zwecke der oberrichterlichen Entscheidung in der Hauptsache selbst einleitet, immer erst die Vorfragen zu erledigen: ob in dem vorliegenden Falle überhaupt der Gebrauch der Appellation rechtlich möglich sey? und ob die zu dem Gebrauche der Appellation gesetzlich zur unerläßlichen Bedingung gemachten Fatalien und Formalien gewahrt seyn? Ist auch nur eine dieser Fragen zu verneinen, so erstreckt sich die appellationsrichterliche Befugniß nur bis zu der Verfügung, wodurch er das ergriffene Rechtsmittel der Appellation verwirft. Sind aber diese Fragen zu bejahen, oder vermag der Appellationsrichter durch seine Restitutionsgewalt etwaige Mängel zu beseitigen, und beseitigt diese wirklich, dann erst ist der Weg zu seiner Thätigkeit, über die Beschwerden selbst Verhandlungen einzuleiten und Entscheidung zu geben, gebahnt.

Hiernach sind die Verfügungen des Appellationsrichters nothwendig zweifacher Art, entweder verbreiten sie sich über die Statthaftigkeit des Rechtsmittels, oder über den Gehalt der Beschwerde. Die aus der Prozeßleitungsgewalt des Appellationsrichters hervorgehenden Verfügungen, welche der unterrichterlichen- und der Partheien-Thätigkeit die erforderliche Richtung geben, um die Sache zur Erlassung jener beiden Hauptverfügungsarten gehörig vorzubereiten, kommen hier nicht besonders in Betracht, weil sie nichts Eigenthümliches haben. Die Verfügungen über den Gehalt der Beschwerden stehen zu jenen über die Statthaftigkeit der Appellation, in dem Verhältnisse des Bedingten zur Bedingung, d. h. es darf niemals ein Ausspruch über den Gehalt der Beschwerden erfolgen, wenn nicht vorher die Statthaftig-

keit des Rechtsmittels ausgesprochen oder stillschweigend anerkannt ist.

Beide Verfügungen können dennoch unter Umständen nach Grundsätzen der Eventualmaxime gleichzeitig vorbereitet werden, auch gleichzeitig selbst erfolgen, aber das Letztere immer nur dann, wenn die Statthaftigkeit auch wirklich anerkannt wird; denn ohne diese hat der Appellationsrichter gar kein Recht, über die Erheblichkeit der Beschwerden, über die Materialien des Streits zu erkennen.

Analisirt man nunmehr die Haupthandlungen, die von dem Appellationsrichter vorzunehmen sind, so läßt sich genau angeben, welche Art von Verfügung, nach dem Zwecke der Handlung und dem prozessualischen Verfahren, darauf regelmäßig erfolgen soll.

1) Wenn die Introduction besonders erfolgte, dann muß

a) wenn das Gericht die Appellation überhaupt für unzulässig hält, z. B. wegen der Qualität oder Quantität der Sache, oder weil die Fatalien versäumt, oder sonst nothwendige Formalien nicht beobachtet sind, ein Abschlagsdecret[1]) — rejectorisches Decret — sofort erfolgen, also ohne den Appellaten zu hören;

b) wenn dagegen die Appellation noch nicht als unzulässig, und die Fatalien und Formalien nicht als vernachlässigt erscheinen, dann wird der Rechtfertigungstermin bestimmt.

2) Wenn hierauf die Rechtfertigung geschehen ist, so wird

---

1) Partikulargesetze (z. B. die Großherzogl. Hess. provisor. O. A. G. O. v. 1804. §. 37.) sprechen in diesem Falle von Abschlagen der Appellationsprozesse, und schreiben dafür dieselbe Bescheidsform vor, als in dem Falle, wo wirklich die eigentlichen Appellationsprozesse abgeschlagen werden (ebendas. §. 38.). Solche Einrichtungen sind sehr unpassend.

a) wenn das Fatale versäumt wurde, auch jetzt noch abschläglich verfügt; ist dieses zwar nicht der Fall, aber

b) die Beschwerden erscheinen nicht als gerechtfertigt, dann werden, wenn nicht Rücksichten auf den Appellaten wegen Gemeinschaftlichkeit des Rechtsmittels eine andere Verfügung gebieten, die Appellationsprozesse abgeschlagen;

c) wenn aber die Beschwerden insofern gerechtfertigt sind, daß sie einer näheren Prüfung werth erscheinen, oder machen Rücksichten auf den Appellaten nähere Prüfung nöthig, die durch dessen Gehör oder Acteneinforderung und Berichtserstattung noch bedingt erscheint, dann werden im erforderlichen Umfang, Appellationsprozesse erkannt.

Nach dem Umfange der Appellationsprozesse bestimmt sich die weiter erforderliche Verfügung. Denn wenn

α) der Oberrichter zunächst erst inhibitoriales und compulsoriales, oder auch blos letztere, an den Unterrichter erläßt, um erst die Originalacten einzusehen; so wird, wenn diese eingelangt sind, entweder sofort in der Sache erkannt, ohne den Appellaten zu hören; oder es wird verfügt, daß ein Verfahren in der Oberinstanz einzuleiten sey, welches letztere

β) alsdann sogleich geschieht, wenn vollständige Appellationsprozesse erkannt werden.

3) Wenn endlich das Verfahren in der Appellationsinstanz geschlossen ist, dann erfolgt das Appellationserkenntniß, welches bestätigend, abändert oder gemischt ausfallen kann [1]).

---

1) Wenn schon bei Gelegenheit der Introduction, sodann bei der Justification, und endlich bei der Berichtserstattung durch den Unterrichter, und der Acteneinsendung, das Obergericht die Formalien und Fatalien auf das Genauste prüft, dann sollte nach geschlossenem Verfahren in der Appellationsinstanz auch keine Sententia desertoria oder non devolutoria mehr vorkommen. Gleichwohl fehlt es nicht an Beispielen. In einem solchen Falle fand sich beim Reichshofrathe die Form: „Fiat sententia absolutoria dahin: daß, nachdem pars

Innerhalb dieser Verfügungen bewegt sich der Appellationsrichter regelmäßig, und es kommen theilweise Abweichungen vor, z. B. wenn schon auf die Introduction, oder auf die Justifikation, ohne vorerst die Acten vom Unterrichter einzufordern, also jedenfalls auch ohne den Gegner gehört zu haben, auf den Grund oder Ungrund der Beschwerde, schon eine in das Materielle der Sache eingehende Verfügung erlassen werden könnte, oder, wenn statt sogleich förmliche Compulsoriales zu erlassen, der Unterrichter blos zu berichtlicher Aufklärung aufgefordert würde und hierauf eine der Sachlage angemessene Entschließung erfolgte. Von einigen dieser Fälle wird noch später die Rede seyn.

Es dürfte hiernach dem gemeinrechtlichen Prozeßsystem am meisten entsprechen, und dem gewöhnlichen Sprachgebrauche am nächsten kommen, wenn man

1) alle Verfügungen, wodurch der Appellationsrichter nicht mit Rücksicht auf den Gehalt der Beschwerden, sondern blos mit Rücksicht auf die Fatalien und Formalien, die Qualität und Quantität der Sache, der Appellation nicht deferirt, ein Verwerfungsdecret; und wenn deferirt wird, ein Zulassungsdecret nennte;

2) diejenigen Verfügungen, wodurch er, wegen Unerheblichkeit der Beschwerden die Appellationsprozesse abschlägt, oder, ohne den Appellaten gehört zu haben, die unterrichterliche Entscheidung aufhebt oder abändert, sofern die Form eines Bescheids gebraucht wird, Relevanzbescheide hieße;

3) Ordinationen aber diejenigen Verfügungen nennte, vermittelst welcher der Appellationsrichter, die unterrichterliche Entscheidung nach angenommener [1]) Appellation,

---

appellans die nöthige Formalien versäumt, die Appellation für desert zu erklären sey". Hanzely Grundriß des reichshofräthl. Verf. III. Abth. 1. Beil. S. 167. R. 685.

1) Diese Annahme kann aber erst im Ordinationsrescripte selbst geschehen.

ohne den Appellaten gehört zu haben, aufhebt oder verändert, aber nicht in der Form eines Bescheids (Relevanzbescheid) sondern durch Rescript an den Unterrichter (rescriptum de emendando vel tollendo gravamine);

4) dasjenige Erkenntniß endlich, welches auf eine angenommene Appellation, als Resultat einer, durch förmliche Verhandlung vorbereiteten nochmaligen Prüfung der Materialien, erfolgt, als Appellationserkenntniß bezeichnete [2]).

Bei dieser Begriffsbestimmung fallen alle richterliche Verfügungen nothwendig unter eine der vier verschiedenen Arten, und haben alsdann auch ihre feste technische Bezeichnung. Seinem Begriffe nach setzt alsdann jedes Appellationserkenntniß voraus, daß ein Zulassungsdecret vorhergegangen ist; einer Ordination kann ein Zulassungsdecret vorhergegangen sein, aber nothwendig ist es nicht; in manchen Fällen ist in der Ordination zugleich das Zulassungsdecret enthalten, obsorbirt dasselbe gewissermaßen. Daß diese Begriffsbestimmung und das damit zusammenhängende Verhältniß der verschiedenen Arten der oberrichterlichen Verfügungen, den gemeinrechtlichen Grundsätzen über den möglichen Inhalt und Umfang solcher Verfügungen entspricht, ergiebt sich theils aus bekannten Grundsätzen, theils wird es im Verlaufe dieser Abhandlung noch näher nachgewiesen werden.

§. 5.

Am interessantesten, aber zugleich auch am schwierigsten ist nun die Lösung der beiden Fragen:

---

2) Nach einmal erkannten Appellationsprozessen, muß nämlich die Sache im eröffneten Wege verhandelt, und nach geschlossenen Verhandlungen durch ein Appellationsurtheil entschieden werden. In solcher Sachlage sind Relevanzbescheide und resp. Ordinationen durchaus unzulässig. Gönner III. 69. §. 15. S. 580. — S. gleichwohl die vorhergehende Note 1. S. 323.

1) ob der Appellationsrichter befugt ist, eine Appellation, deren Ungrund rücksichtlich des Materiellen der Beschwerde aus dem eigenen Vorstellen des Appellanten oder den bisherigen Verhandlungen einleuchtet, sofort zu verwerfen? und

2) ob im Falle auf diesem Wege die Beschwerde sich sofort als begründet darstellt, der Appellation statt zu geben, und die Beschwerde zu heben sey, ohne den Appellaten vernommen zu haben [1])?

Gönner findet es deßhalb schwerer, die Grenzen für die Rechtmäßigkeit der Ordinationen abzustechen, schwerer ihre Wirkungen zu bestimmen, weil die Ordinationen hier mit den Relevanzbescheiden coincidiren, welche in Rechtskraft übergehe, also Wirkungen hervorbringen können, die bei Ordinationen in Citations- und Mandatssachen offenbar wegfielen [2]). Allein darin dürfte die Schwierigkeit nicht liegen. Eben weil die Ordinationen, von denen hier allein die Rede seyn kann, von den Ordinationen in Citations- und Mandatssachen [3]) ganz verschieden sind, und die in der Appellationsinstanz zu erlassenden Ordinationen in der That nichts anders sind, als Relevanzverfügungen nicht in Bescheids-, sondern in Rescriptionsform, diese Betrachtungsweise aber auch so geläufig und allgemein ist, daß man in manchen Ländern alle, über den Grund der Beschwerden erlassene oberrichterliche Verfügungen vor eingeleitetem vollständigem Appellationsverfahren Ordinationen auch dann nennt, wenn nicht einmal die Rescriptionsform angewendet worden ist, so daß Ordination der allgemeine Name ist für alle Relevanzbescheide, die durch Sachverfügungen die Einleitung des vollständigen Appellationsverfahrens verhindern, so kann die

1) Heffter, Institut. S. 474.

2) Gönner, Handb. III. 60. §. 14. S. 580.

3) Grolman, Theorie des Civilproz. §. 236. Almendingen, Metaphysik. S. 195.

Schwierigkeit nur darin liegen, die Befugniß des Appellationsrichters nachzuweisen, mit Beiseitesetzung des regelmäßigen Verfahrens eine Bestimmung in der Sache zu erlassen, die in der Regel nur das Resultat vollständiger Verhandlung ist. Was insbesondere die Wirkung einer solchen Verfügung anbetrifft, so ist davon erst später zu sprechen, denn die Wirkung jeder richterlichen Handlung bestimmt sich aus deren Zweck und aus den Rechtfertigungsgründen; deßhalb müssen diese Punkte vorerst feststehen.

Um die oben aufgeworfene Frage zu lösen, macht man gewöhnlich einen Unterschied, ob die Beschwerde nur den Prozeß, oder ob sie die Hauptsache selbst betreffe; und will dem Appellationsrichter zwar gestatten, Beschwerden, die blos den Prozeß betreffen, auf einseitigen Vortrag abzuändern, ist aber in Bezug auf andere Beschwerden bedenklicher, besonders wenn es sich um gänzliche Abänderung des über die Hauptsache ergangenen Urtheils handelt [1]).

Andere wollen aber diesen Unterschied bei der Lösung der aufgestellten Fragen gar nicht in Betracht gezogen wissen, davon ausgehend, daß die verschiedenen möglichen Beschwerden das mit einander gemein haben, daß Hebung derselben, Zweck des Appellationsverfahrens sey, und sie deßhalb auch dieses miteinander gemein haben müssen, daß sie ohne das gewöhnliche Verfahren in der Appellationsinstanz vom Oberrichter gehoben werden können, wenn er ein Verfahren über die Beschwerde als überflüssig erkenne, ohne daß es hierbei auf den Gegenstand der Beschwerde, ob sie den Prozeß oder den Hauptgegenstand beziele, und ohne daß es auf den Umfang des Relevanzbescheides resp. Ordination, ob dadurch das unterrichterliche Urtheil ganz oder zum Theil abgeändert werde, ankommen dürfe [2]).

1) Claproth, Einl. in d. ord. Proz. II. §. 373.
2) Gönner, Handb. III. 69. §. 16. S. 580 f.

Diese Entgegnung ist allerdings begründet; aber es ist daneben nicht zu übersehen, daß nach gemeinem Rechte zwischen Appellationen von dem Endurtheile und diesen an Kraft gleichen Beiurtheilen und Appellationen von andern Beiurtheilen und außergerichtlichen Appellationen unterschieden wird [1]. Bei diesen beiden letzten Appellationsarten kann die zur Frage stehende oberrichterliche Befugniß um so weniger Anstand haben, als bei diesen sogar der Unterrichter selbst das Gravamen aufheben darf, ohne den Appellaten vorerst hören zu müssen [2], und dem Oberrichter wenigstens dieselbe Befugniß eingeräumt werden muß. Insofern nun eine Beschwerde, welche blos einen Fehler des Prozesses betrifft, in den Formen der beiden letzten Appellationsarten geltend gemacht worden wäre, würde die rechtliche Zulässigkeit sofortiger Abänderung durch die speziellen Grundsätze über Appellationen von Beiurtheilen und außergerichtlicher Appellation noch besonders unterstützt.

Auch darauf ist hier noch aufmerksam zu machen, daß v. Almendingen [3] sehr bestimmt Beschwerden gegen den Richter (Querelen) von Beschwerden gegen das Erkenntniß (eigentliche Appellation) unterschieden wissen will, weil bei beiden oberrichterliche Verbesserungen auf einseitigen Vertrag gewöhnlich, zweckmäßig und rechtlich; aber in beiden Fällen Zweck, Rechtfertigung und Wirkung der Ordination (resp. des Relevanzbescheides) verschieden seyn.

Es ist nun allerdings richtig, daß Ordinationen über Querelen einen richterlichen Willensact voraussetzen, der sich auf die Instruction oder Vollziehung der Sache bezieht, und daß er in beiden Fällen keine Rechtsdeklaration zum Vortheil des Gegners enthält, der Querelant es zunächst mit dem Un-

---

1) Mein Lehrb. d. Civilproz. Aufl. 4. §. 398—400. 412. 413.

2) Cap. 10. de appellat. in VI. 2, 15.

3) Metaphysik S. 196 f.

terrichter, nicht mit dem Querulaten zu thun hat, daher dieser nicht mit einer Vertheidigung zu hören ist; und daß es häufig einer besondern Veranlassung des Unterrichters nicht bedarf, weshalb hier in der Regel auf einseitigen Vortrag ordinirt oder brevi manu geholfen wird. Auch ist die Wirkung einer Ordination bei Querelen, der Wirkung einer richterlichen Verfügung, welche keine Rechtsdeklaration enthält, gleich. Die abgeänderte Verfügung des Unterrichters war keiner Rechtskraft fähig; eben so wenig ist es die abändernde Verfügung des Oberrichters und hieraus folgt, daß sich der Querulat wieder bei dem ordinirenden Richter selbst aber auch bei dem demselben vorgesetzten Richter beschweren kann, und jener wie dieser die Verfügung zurücknehmen, resp. abändern kann.

Aber aus allen diesen Eigenthümlichkeiten folgt gerade, daß solche Querelen mit Appelationen gerade diejenigen Beziehungen nicht gemein haben, aus denen die Schwierigkeiten hervorgehen, welche sich den in Frage stehenden Befugnissen des Appellationsrichters bei eigentlichen Appellationen entgegen stellen.

Man nennt zwar solche Querelen häufig außergerichtliche Appellationen; allein weder durch diese Benennung noch dadurch, daß dabei die Formen des Appellationsverfahrens eingehalten werden, wird das Wesen des Verhältnisses geändert. Und wenn der Oberrichter seine Verfügung auch Relevanzbescheid oder Ordination nennt, so gehört sie doch nicht zu denjenigen, welche Gegenstand unserer Untersuchung sind.

Die folgende Darstellung bezieht sich sonach blos auf eigentliche Appellationen.

Vor allem ist dabei zu bemerken, daß aus dem römischen Rechte kein Anhaltspunkt für die Begründung der in Frage stehenden richterlichen Befugniß hergeleitet werden kann, weil das Appellationsverfahren in Bezug auf die, bei jenen Fragen zur Sprache kommenden Einrichtungen so abweichend

von unserem heutigen organisirt war, daß darnach die Fragen in der Bedeutung, worin sie im gemeinen deutschen Prozesse gestellt werden, gar nicht vorkommen konnten [1]).

Es war nämlich durch die feste gesetzliche Anordnung der Zeiträume für die Appellationsverhandlung dem Appellaten zum Gehör ein für allemal Gelegenheit gegeben; aber von dem Gebrauche dieser Gelegenheit der Fortgang der Verhandlung nicht abhängig gemacht. Wenn nun der Appellationsrichter, ohne daß der Appellat gehört war, auf einseitiges Handeln des Appellanten verfügte, so konnte man nicht sagen, der Appellationsrichter habe auf einseitiges Anbringen verfügt, oder dem Appellaten sey die Gelegenheit zum rechtlichen Gehör abgeschnitten, was man im deutschen Prozeßrechte gerade ausdrücken will, wenn man sagt, der Richter dürfe, ohne den Appellaten gehört zu haben, verfügen; — sondern man mußte davon ausgehen, der Appellat habe auf rechtliches Gehör verzichtet. Kurz, nach römischem Rechte wurde nach eingeleitetem Appellationsverfahren auch immer Gelegenheit zur Verhandlung beiden Theilen gegeben, aber es wurde in allen Richtungen auch auf einseitiges Handeln, ohne daß gegen den nicht handelnden Theil ein eigentliches Contumacialverfahren statt gefunden hätte, gesprochen.

§. 6.

Gehen wir nun zur abgesonderten Erörterung der beiden Fragen, und zwar zunächst zu der ersten über, so ist zu bemerken, daß im canonischen Rechte der Grundsatz wiederholt anerkannt ist, daß der Appellationsrichter wegen offenbarer Unerheblichkeit einer Beschwerde die Appellation verwerfen darf und soll, ohne vorher den Appellaten hören zu müssen [2]).

1) Gleichwohl bemerkt Claproth Einl. in den bürgerl. Proz. II. §. 373 Note a, daß nach Fr. 81 ad Sctm. Trebell. 36, 1. der Gegentheil nicht gehört sey.

2) Cap. 38 u. 59. X. de appellat. 2, 28. Cap. 5. de appellat. in VI. 2, 15.

Es ist demnach also auch der Appellationsrichter zu einer vorläufigen Prüfung des Gehalts der Beschwerden bestimmt angewiesen.

Dagegen ist in keinem deutschen Reichsgesetze eine solche Befugniß ausdrücklich zugestanden; aber behauptet wird, daß die Anordnung des J. R. A. §. 64. wornach der Beschwerdenlibell gleich mit dem Gesuche um Appellationsprozesse übergeben werden soll, ihrem wahren Geiste nach den Satz aufgestellt habe, daß vor Erkennung der Appellationsprozesse die Erheblichkeit der Beschwerden zu prüfen sey [1]). Mag man hier im Geiste des J. R. A. auch etwas gefunden haben, woran der Gesetzgeber schwerlich gedacht hat [2]), so war der Grundsatz, durch das canonische Recht anerkannt und nirgends aufgehoben, gesetzlich bestehend, und die Praxis hat ihn nicht blos bei den höchsten Reichsgerichten [3]), sondern auch bei den Territorialgerichten [4]) in steter Uebung gehalten. Mevius bemerkt unter andern, daß man zu Wismar niemals so scrupulös, als bei den Reichsgerichten gewesen, und fügt hinzu, daß man unter Anderem darauf gesehen: „Quinto ut appellans gravatum se alleget, non hoc vero tantum in genere, sed simul in quo specialiter gravatus sit, et qua ex causa gravatum se ideo sententiam corrigendam esse putet; quod eget aliqua speciali expositione status causae, ut intelligi queat, an et in quo appellans gravatus sit. *Atque*

---

1) Haas wahrer Geist des J. R. A. §. 64. Wetzlar 1785. Riedesel zu Eisenbach Vortr. an den vollen Rath des R. K. G. Jena 1791. S. 228 bis 299 Gönner Handb. III. S. 269. Almendingen Metaphysik S. 234.

2) J. Abel Versuch einer nähern Erläuterung verschiedener Fragen. St. II. Wetzlar 1784. Vergl. Zeitschrift für Civilr. u. Proz. B. IX. Abth. 10. §. 3

3) Vollständig nachgewiesen bei Riedesel a. a. O.

4) Mevius Dec. P. I. D. 7.

haec semper in decernendis processibus inspecta, examinata atque observata sunt, *admissis* aut *reiectis secundum haec* appellationibus." In einer Note setzt er hinzu: „Etsi vero ad ipsius appellationis essentiam requirendum non sit, ut exprimantur speciatim gravamina, sed sine eo interposita valeat, ut tamen processus non decernantur, nisi prolatis et intellectis a iudice gravaminibus, utile est et ratione convenit, quo mature occuratur temeritati appellantium atque frivolis litigiis, nec non remoris iustitiae, dum non ex necessitate atque usu, sed effugia quaerendi vel adversarios vexandi causa, multi appellando effectum iuris adversus se differre student. Visum inde optimum, contra talia remedium, ut non decernantur processus, nisi allegatis demonstratisque gravaminibus. Et cum postea appareret, non sufficere id ad amovendas appellantium fraudes, ... postea ordinatum fuit, ut appellantes libellum appellationis statim processuum obtinendorum causa offerrent." Hier führt Mevius zum Belege an Ordinat. Reg. Tribunal. P. 2. Tit. 3. in pr. u. R. I. de anno 1654. §. 58 et 64 [1]).

Man sieht hieraus zugleich, daß der fragliche Grundsatz in Territorialgerichten schon vor dem J. R. A. befolgt wurde. Als Grundsatz des gemeinen deutschen Prozeßrechts ist er gleichfalls von jeher immer aufgestellt worden, ohne daß die Aeltern [2]) sich auf die entscheidende [3]) Bestimmung des canonischen Rechts beriefen. Da nun aber nach dem

---

1) Mevius l. c. I. 7. Note 13 u, I. 66. vergl. mit II. 109. Note 4. VI. 276.

2) Martin Lehrb. §. 289. Note c.

3) Hoffmann in der Reichspraxis I. §. 954. bezieht sich auf Cap. 5. de appellat. in VI. u. Riebesel a. a. O. §. 38 auf Cap. 59 X. de appellat., aber diese Stellen reden von Appellationen vor der Definitivsentenz, und dienen mehr zur Unterstützung des Grundsatzes. Die Hauptstelle ist Cap. 18. X. de appellat. 2, 28.

Gange des gemeinen Prozeßrechts Introduction und Justifikation als getrennte Handlungen erscheinen dürfen, und wohl regelmäßig auch erscheinen und darin der Unterschied von Extrajudizial- und Judizialverfahren nicht vorkommt, auf die Einrichtung des Extrajudizialprozesses und die mit der Bitte um Appellationsprozesse nothwendige Ueberreichung des Beschwerdelibells, die reichsgerichtliche Behandlung dieses Gegenstandes gebaut und ausgebildet war, so ergiebt sich, daß die reichsgerichtliche Behandlungsart für uns nicht geradezu Norm seyn kann. Wie schon bemerkt, läßt sich denken, daß schon aus der Introduction, aber auch erst aus der Acteneinsicht, oder wenigstens erst aus einem unterrichterlichen Berichte, oder endlich erst aus der Justifikation, oder aus allen diesen Materialien vereinigt, sich der Ungrund der appellantischen Beschwerde ergiebt; und so kann die darauf gebaute Verwerfung der Appellation in den verschiedenen Stadien der Entwickelung des Appellationsverfahrens vorkommen [1]). Auch darin unterscheidet sich nach richtiger, aus allgemeinen Grundsätzen über Zuständigkeit des höhern Richters folgerichtig abzuleitender Theorie, das gemeinrechtlich zu beobachtende Verfahren von dem reichsgesetzlichen, daß nach deutschem Prozeßrechte beim Mangel an Formalien und Fatalien sowohl nach der Introduction, als auch, wenn sich jener Mangel erst später herausstellte, doch bei der Justifikation die Appellation blos aus diesen Gründen abgeschlagen wird; denn hier ist die Sache gar nicht an den Oberrichter devolvirt. Darum darf in einem solchen Falle aber auch durchaus nicht auf die Erheblichkeit der Beschwerden eingegangen, und das Abschlagsdecret nicht darauf gebaut werden. Das entgegengesetzte Verfahren, welches man beim ehemaligen Reichskammergerichte und Reichshofrathe befolgte,

---

1) Also nicht nothwendig erst auf die Rechtfertigung. A. M. ist Martin a. a. O. §. 289.

wo man, wenn die Formalien mangelhaft, Nothfristen versäumt, die Sache an sich an den Oberrichter nicht erwachsen war, doch wohl die Erheblichkeit der Beschwerden prüfte, und wenn diese unerheblich befunden wurden, die Formalien überging, und die Appellationsprozesse wegen Mangel der Beschwerde abschlug [1]), wär durchaus inconsequent; da diese Maxime doch nur bei Unerheblichkeit der Beschwerden angewendet werden konnte; denn wenn die Beschwerden erheblich waren, konnte die Erheblichkeit den Mangel der Fatalien und Formalien niemals ersetzen. Im Grundsatze ist es ganz gleich, ob eine Sache überhaupt nicht, oder deswegen nicht an den Oberrichter erwachsen ist, weil es an den Fatalien und Formalien mangelt. Durch solche Maximen können nur Verwirrungen und Nichtigkeiten geschaffen werden, die nur weniger erfolgreich werden, wenn ein höchstes Tribunal sich dieselben aneignet, aber um so leichter Nachahmung finden. Selbst die Ansicht, daß eine solche Maxime sich für den Fall empfehle, wenn die Nichtdevoultion zweifelhaft sey, steht nicht zu billigen, weil solche Zweifel gehoben werden können und sollen.

Wenn die Fatalien versäumt sind, die Beschwerden aber für unerheblich gehalten werden, war es beim Reichshofrath Gebrauch, der auch in Territorialgerichten sich wieder findet, „die Appellationsprozesse theils wegen Unerheblichkeit der Beschwerden theils wegen versäumter Nothfristen abzuschlagen;" „denegantur petiti appellationis processus tum ex defectu formalium quam materialium" [2]). Auch dieser Gebrauch ist nicht zur Nachahmung zu empfehlen, weil in dem unterstellten Falle der Appellationsrichter nichl berechtigt ist, in eine Prüfung der Beschwerden einzugehen, und an dem Bescheide deshalb nur die Desertionserklärung competenter

1) Höscher Samml. merkw. Rechtsf. I. S. 287. II. S. 276. Gönner Handb. III. 60. §. 20, 21

2) Gönner Handb. a a. O.

Weise erfolgt, und daher auch allein bindend ist. Wenn man zur Begründung des reichshofräthlichen Gebrauchs anführt, daß der Oberrichter in dem unterstellten Falle deshalb in eine Prüfung der Beschwerden eingehen dürfe, weil er nach der Qualität der Sache über sie zu erkennen, doch überhaupt befugt, und bei einem bloßen Desertionsbescheide in Gefahr sey, der Appellant möge gegen die versäumte Nothfrist um Restitution bitten, und dadurch bei seinen unerheblichen Beschwerden eine ganz zwecklose Verzögerung verursachen; und daß der Anhang wegen der Beschwerden nichts weiter seyn solle, als ein Wink für den Appellanten, daß schon im Voraus der Werth seiner Beschwerden geprüft, aber von so geringem Gehalte befunden worden, daß auch sein Restitutionsgesuch ihm den Weg zur Erkennung der Appellationsprozesse nicht bahne [1]; so erklären diese Gründe die gute Absicht, aber rechtfertigen die Consequenz der Maxime nicht. Wo nicht direct um Restitution gebeten, muß man sie auch nicht indirect abschlagen. Hat sich der Oberrichter durch einen Wink einmal voreilig ausgesprochen, so erregt er Mißtrauen gegen den nun doch um Restitution bittenden Appellanten, und da dieser bei Gelegenheit des Restitutionsgesuches durch Hinweisung auf Nova vielleicht doch sich den Weg zur Restitution bahnt, so ist der Oberrichter durch seine Voreiligkeit compromittirt, wenn durch die fernere Verhandlung die Beschwerden sich als begründet herausstellen.

Anders stellt sich die Sache, wenn Fatalien versäumt sind, und um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gebeten ist. Das Erkenntniß hierüber muß alsdann wenigstens bis nach eingelaufener Rechtfertigung der Beschwerden ausgesetzt werden [2]. In allen Fällen, in welchen man, wenn keine

1) Gönner a. a. O.

2) Martin Lehrb. §. 279. Arch. f. civ. Prax. XIX. S. 272. f. — Der Reichshofrath bediente sich zu dem Ende der Form: „würde pars appellans in termino duorum mensium den libellum gravaminum

Versäumniß vorgefallen wäre, wegen Unerheblichkeit der Beschwerden die Appellationsprozesse abschlagen dürfte, darf man denn auch, wenn Fatalien versäumt und um Restitution gebeten ist, die Appellation wegen versäumter Nothfristen und wegen Unerheblichkeit der Beschwerden zugleich abschlagen. Denn da der Oberrichter allein competent ist, über das Restitutionsgesuch zu entscheiden, und da diese Entscheidung ein Urtheil über das Daseyn einer Läsio voraussetzt, in der Unerheblichkeit der Beschwerden aber jedenfalls der Mangel einer Läsio liegt, so wird durch das Restitutionsgesuch der Appellationsrichter selbst bei versäumten Fatalien competent über den Grund der Beschwerden zu urtheilen, und sich darüber auszusprechen. Darin liegt für diesen Fall die Rechtfertigung der obigen Verfügungsform. Unpassend dagegen ist für diesen Fall die, beim Reichshofrath wohl gebrauchte Form, welche die Restitution ertheilte und Prozesse abschlug „Praevia restitutione in integrum brevi manu contra conclusum contumaciale, werden die gebetene Appellationsprozesse nunmehr ob defectum gravaminum hiemit abgeschlagen" [1]; denn wenn die Beschwerden unbegründet sind, fehlt es an einer Läsio, also an einer Bedingung der Restitution. Ueber die Voraussetzungen, unter welchen wegen Unerheblichkeit der Beschwerden die Appellationsprozesse abgeschlagen werden, ist nichts Besonderes zu bemerken, weil hierbei die Appellationsrichter im Allgemeinen dieselben Rücksichten leiten müssen, wie bei der Prüfung nach erfolgtem Actenschluße zum Zwecke der Abfassung des Appellationserkenntnisses. Nur versteht sich, daß ganz besondere Vorsicht dann nothwendig ist, wenn gar vor erfolgter Rechtfertigung

beibringen, so erfolget sodann ratione petitae restitutionis in integrum contra lapsum fatalis introducendae appellationis sowohl als sonsten fernerer Bescheid. Hanzely Grundriß des reichshofr. Verf. III. Abth. 1 Beil. S. 11. Nro. 520 bis 523.

1) Hanzely a. a. O. S. 24. Nro. 540. u. S. 85. Nro. 585.

ein Abschlag wegen Mangels der Beschwerde beabsichtigt wird, denn alsdann muß gewiß seyn, daß durch keine Art von Ausführung und auch nicht durch Nova eine dem Appellanten günstige Beurtheilung geschaffen werden kann. Wäre man in Deutschland dem römischen Systeme über das Spezialisiren und Wechseln der Beschwerden, über die Gemeinschaft der Appellation und die reformatio in pejus treu geblieben, dann hätte sich ohnehin keine so umfassende Befugniß, Appellationsprozesse wegen Mangels der Beschwerde abzuschlagen, ausbilden können, und es wären manche, das materielle Recht begünstigende Beschränkungen gegen jene Befugniß mehr eingetreten.

Nur daran ist auch hier noch zu erinnern, daß nach der gewöhnlichen Theorie wenigstens [1]) mit der Einreichung der Rechtfertigungsschrift die Appellationsgemeinschaft eintritt, richtiger aber schon mit der Introduction, und daß mit dem Momente deren Eintritts der Appellationsrichter nicht blos darauf zu sehen hat, ob durch Abschlagung der Appellationsprozesse wegen mangelnder Beschwerde den Appellanten kein Unrecht geschieht, sondern auch darauf, ob durch die fernere Verhandlung nicht der Appellant eine noch günstigere Entscheidung vermitteln kann, und inwiefern nicht das Interesse des Appellaten amtlich zu vertreten ist [2]). Jenachdem über diese Lehren Grundsätze in einzelnen Ländern gelten, sind die Rücksichten, welche die Appellationsrichter zu nehmen haben, darnach zu bestimmen.

§. 7.

Schwieriger ist die Lösung der zweiten, oben aufgeworfenen Frage: ob und unter welchen Bedingungen der Appellationsrichter, ohne den Appellaten vernommen zu haben, die sich aus dem Anbringen des Appellanten oder dem unter-

---

1) S. hierüber meine Abh. im Arch. f. c. Prax. XIX. S. 480. f.

2) Vergl. meine Abhandlung im Arch. f. c. Prax. XIX. Heft 3 u. XX. Heft 1.

richterlichen Verfahren als begründet darstellende Beschwerde, sofort zu heben befugt sey? Richterliche Verfügungen, wodurch dieses geschah, hießen bei den höchsten Reichsgerichten Ordinationen, und diese Bezeichnung ist auch in den gemeinen Prozeß übergegangen, und man spricht von Ordinations rescripten, wenn die Verfügung in Rescriptsform, wie sie bei den Reichsgerichten gebräuchlich war, erlassen wurde. Nach unserer oben empfohlenen Terminologie ist der Ausdruck „Ordination" auch für dieses Verhältniß beibehalten; die folgende Darstellung beschäftigt sich aber nicht blos mit Ordinationen sondern auch mit jenen Relevanzbescheiden, welche ohne den Appellaten zu hören, in der Sache abändernde, oder aufhebende Verfügung enthalten, oder Appellationsprozesse wegen Unerheblichkeit der Beschwerden abschlagen.

Schon Gönner erklärte, daß es schwer sey, die Grenzen abzustecken, innerhalb welchen die Ordinationen rechtmäßig seyen; schwer die Rechtsfolge einer verlassenen Ordination anzugeben, schwer den Prozeßgang nach erkannter Ordination vorzuzeichnen. Gewöhnlich werden die Ordinationen als eine Erfindung des Reichshofraths betrachtet, von diesem sollen sie in das Reichskammergericht, und dann in die Territorialgerichte übergegangen seyn. Den Weg zur Schaffung dieser prozessualischen Maxime soll der J. R. A. durch die Anordnung gebahnt haben, daß mit der Bitte um Appellationsprozesse die Rechtfertigung der Beschwerden verbunden werden solle, weil nunmehr der Oberrichter vor Erkennung der Appellationsprozesse in die Beschwerden habe hineinsehen, und beurtheilen können, wie durch eine Verfügung die Weitläufigkeiten des Appellationsverfahrens abzuschneiden seyn. Ordinationen sollen erst seit dem Ende des 17. J. H. erschienen seyn, und in der That reichen sie beim ehemaligen Reichshofrath nicht über das Jahr 1690 hinaus [2]).

---

2 Puetter opusc. rem iudiciariam imperii illustrantia. Goetting.

Wäre dieses der historische Ursprung der Ordinationen so würden die reichsgerichtlichen Grundsätze nach der Entwicklungsgeschichte des prozessualischen Verfahrens in den deutschen Ländern den Territorialgerichten als Muster vorgeleuchtet, und das System der letzteren mehr oder weniger bestimmt haben. Die historische Entstehung ist aber in der That eine andere. Deutschen Territorialgerichten waren Ordinationen ein halbes Jahrhundert früher bekannt, als den Reichsgerichten, aber der Keim der gesetzlichen Zuläßigkeit ist canonischrechtlichen Ursprungs. Die schon oben benutzte Verordnung von Clemens III. in Cap. 38. X. de appellat. schreibt die, unseren heutigen Ordinationen durchaus zu Grunde liegende Maxime, ein unzweckmäßiges und nutzloses Appellationsverfahren im Keime zu ersticken, als allgemeine Norm vor; aber nur zu dem Zwecke, um offenbar unbegründete Appellationen zurückzuweisen. In dieser Richtung lag die Bestimmung rein im Interesse schneller Justizadministration und des Appellaten. Die Gerichte und nach ihnen Territorialgesetzgeber gingen weiter, und wendeten eine Maxime, die gegen den Appellanten gesetzlich gebraucht werden sollte, wenn gleicher Grund dafür vorhanden war, auch für ihn an, d. h. so wie sie unbegründete Appellationen, die sich als solche, ohne noch den Gegner gehört zu haben herausstellten, mit Abschneidung alles Appellationsverfahrens zurückwiesen; so halfen sie auch Beschwerden, die so offenbar begründet waren, daß eine Rechtfertigung des unterrichterlichen Erkenntnisses auf keine Art möglich schien, ab, ohne vorher den Appellaten darüber zu vernehmen. Schon im Jahr 1653, also noch vor dem J. R.

1766. pag. 602. seq. Cramer de Clauspruch Diss. de ordinat. in proc. cam. imp. usitatis. Mogunt. 1776. Claren Diss. de eo quod iustum est circa rescripta de emendando seu Ordinationes. Goetting. 1798. Gönner Handb. III. 69. Danz Reichsgerichtsproz. §. 375. 403.

A. (1654) kommt in einer Entscheidung des höchsten Tribunals zu Wismar folgende Ausführung vor:

„Processum iudiciorum pro exquirenda veritate et discutiendis curatius causarum momentis, usus reperit et recepit, cuius ordinem sequi oportet, quia sic praescriptum. Praescribitur autem, quia ad veritatem expeditum atque necessarium: ubi eius nullus usus aut nulla necessitas, a ratione et officio iudicis alienum foret, ad illius inanes ambages et impendia partes detrudere. Ideo quoties veritas et ius statim sine processus ambagibus haberi et definiri potest, expedit mature statui: quod iustum, nec oportet observare alias in obscuris et intricatis solita. Quodcirca licet ordinarie citatio et compulsoriales interposita appellatione decerni, postea acta edi, iis lectis relevantia gravaminum expendi, eaque diiudicari solent; tamen haec omnia omitti posse existimavimus, ubi talium nulla erat necessitas, nullus usus, sed illico ad narrata sine cuiusquam praeiudicio decidi et praescribi potuit, quod iustum atque rationabile“ [1]).

Aus einem spätern, im J. 1660 entschiedenen Falle referirt Mevius: „Cum ideo appellatum erat, *pro gravamine tollendo rescriptum* exiit, quod id tolli, *non* tamen *processus appellationis* merebatur.“ Hieran knüpft er wieder die Bemerkung: „Pro abbreviandis litibus et minuendis expensis hoc remedium in ea specie, quando juste appellari apparet, sed cur appellatur, quia aut in iure aut in facto liquido versatur, prolixiorem prosecutionem et discussionem

1) Mevii Dec. P. I. D. 66. Die für die aufgestellten Ansichten von Mevius angezogenen Gesetze, beweisen ihres Inhalts wegen nichts, aber ihr Anführen muß man mit Almendingen a. a. O. S. 235. nicht deshalb für seltsam betrachten, weil die durch den j. R. A. eingeführte Prozeßform, weder dem römischen noch dem canon. Rechte bekannt seyn konnte; denn diese Prozeßform konnte im J. 1653 auch dem OAG. zu Wismar noch nicht bekannt seyn, und daraus seine Ordinationen also auch keine Begründung finden.

non meretur, adhibere visum est, ut iudici a quo rescribatur, quid iuxta narrata fieri aequum videatur, qui si nihil opponendum habet, sequatur decretum, aut si illud adsit, cito proferat, quo deinde cognoscatur, utrum ea res per longiorem processum, an statim decreto quodam expediendum sit. Quod quidem a processu alias sueto longe discedit, attamen, quia non modo non iniquum, sed etiam utile, servare praestat“ [1].

Auf ähnliche Weise rechtfertigt schon früh Pufendorf die Ordinationen, und beruft sich für diesen Gebrauch schon auf die höchsten Reichsgerichte. Er bemerkt hierüber [2]: „Memini dubitatum esse, quousque formam iudici inferiori dare per rescriptum superiori liceat, praesertim si quoddam iudicis inferioris pronuntiatum reformetur. Et plane plerumque in iis articulis litis, qui formam procedendi respiciunt, per rescriptum medela dari solet, non ita facile, cum in causa principali aliquid reformandum occurrit. Sed cum non integra iudici superiori acta ad oculos sunt, timendum aliquando est, ut rescriptum actis integris conforme sit. In rescribendo igitur multum cautionis adhibendum est, neque facile judex superior, nisi causa satis cognita et rationibus in rescripto expositis, rescribet, quas deinde vel inferiori iudici vel parti modeste confutari licet, et iudici quidem imprimis, cum putat, non omnia ad notitiam superioris iudicis perducta fuisse. Ceterum etsi in causis praesertim ordinariis non facile iudex superior rescripto de lite principali definiet, tamen cur in ea re potestas iudicis superioris restringenda sit, non apparet. Quin potius summa quoque imperii tribunalia, praesertim Senatus Imp. aulicus per rescripta sententias in ipsis statuum imp. iudiciis latas

1) Mevius P. VIII. D. 221. ibiq. nota 4.

2) Pufendorf Obs. iur. III. 215. §. 97. Oesterley Handb. d. Prozesses für Hannover Th. II. Abth. 2 S. 852. Gans Zeitschrift für Civil- und Criminalrechtspfl. I. 2. S. 244. f.

reformat. Idque omnibus utile est, quia saepius causae ita comparatae sunt, ut si processus decernerentur, causaeque ordinario modo tractarentur, et longius durarent illae et litigatorum sumtus et expensae multiplicarentur. Ego quidem ex Senatu imprimis Calenbergico summi Tribunalis memini, postpositis subtilitatibus reformatum pro re nata statim per rescripta Tribunalis esse, etiam in causa principali. Neque est, quod queri possit iudex inferior, se ad corrigendam sententiam, quam ipse tulit, adigi. Neque enim ex sua, sed ex superioris iudicis animi sententia corrigit. Omnino igitur rescriptorum commoditas, quanquam cautionibus in eam rem adhibitis, praecidendarum litium gratia servanda est."

Diese Verfahrungsart fand sich bald durch ganz Deutschland verbreitet, und hat sich auch fortwährend, freilich unter mancherlei Modificationen, in Uebung erhalten.

Die größte Schwierigkeit für die wissenschaftliche Behandlung des Gegenstandes und für die Anwendung der gewonnenen Grundsätze, ist dadurch entstanden, daß man meistens von der irrigen Ansicht ausgegangen ist, den Ursprung dieses Instituts im reichsgerichtlichen Verfahren zu finden, und sich deßhalb abgemüht hat, die darin geltenden Grundsätze auf den Territorialprozeß überzutragen. Die Voraussetzung war, wie schon nachgewiesen wurde, falsch, und die Anwendung der reichsgerichtlichen Procedur und Form bei der Sache, in Territorialgerichten unmöglich, wie sich aus einer Darstellung des reichsgerichtlichen Systems ergiebt. Ich finde diese Entwicklung so gelungen bei Almendingen, daß ich sie nicht zu verbessern wußte, und werde deßhalb das Wesentliche von ihm entlehnen. Nachdem v. Almendingen nachgewiesen, wie sich unsere Verfügungsart unter verschiedenen Namen und Formen vor und nach in Deutschland verbreitet habe [1]), fährt er fort:

---

1) v. Almendingen, Metaphysik. S. 234 f. Diese Darstellung ist

Mehrere Obergerichte kleinerer, mit keinem uneingeschränkten Appellationsprivilegium versehenen Reichsstaaten, fanden kein Bedenken, nach Einsicht der Vorakten, auf den bloßen Beschwerdenlibell, sogleich definitiv und reformirend in der Dekretsform zu verfügen, mithin zu ordiniren. Decrete dieser Art wurden nie für etwas anders, als wahre Urtheile gehalten. Die dagegen zu ergreifenden Rechtsmittel waren immer den gegen Urtheile zulässigen Rechtsmitteln gleich.

Ganz anders verhielt es sich mit den Formen und Wirkungen der reichsgerichtlichen Ordinationen.

Durch die Gesetzgebung war der reichsgerichtliche Prozeß auf 3 Hauptformen, den Mandats-, Citations- und Appellations-Prozeß beschränkt. Jeder hatte seine eigne, durch die Gesetzgebung selbst bestimmte Evolution. Das Extrajudicialverfahren ging dem Judicialprozeß, dem eigentlichen gerichtlichen Verfahren voran. Jenes betraf die Frage, ob der Implorant, Kläger oder Appellant zum Handeln zugelassen werden, oder mit andern Worten: ob er Gehör finden solle? Im Judicialverfahren wurde diese Vorfrage als bejahend entschieden betrachtet, und die wirkliche Verhandlung vollendet. In Appellationssachen konnte beim Reichskammergericht über jene Vorfrage wieder eine eigne Verhandlung eintreten. Es wurde häufig auf den Libell Schreiben um Bericht des Unterrichters erkannt, dieser Bericht dem Appellanten zum Gegenbericht mitgetheilt, und nun erst Appellationsprozesse erkannt oder abgeschlagen. Im ersten Fall erfolgten Compulsorialien, Inhibitorialien und Citation des Appellaten zugleich, oder nur die erste und letzte mit Ausschließung des Suspensiveffects. Dort waren processus appellationis pleni, hier processus appellationis minus pleni erkannt worden.

---

freilich vieler Ergänzungen und Berichtigungen fähig, die aber gegenwärtig kein Interesse mehr darbieten.

Da das sogenannte Extrajudicialverfahren nur erst die Vorfrage betraf, ob der Appellant mit seinem durch das vorige Urtheil und durch die wichtigsten Actenstücke der vorigen Verhandlung beurkundeten Vorbringen, zu hören sey, so konnte jenes Verfahren durch weiter nichts, als durch ein, den Appellationsprozeß abschlagendes oder verstattendes, Decret beendigt werden. Ein eigentliches Urtheil oder eine Rechtsdeclaration war der Natur der Sache nach unmöglich. Sie würde einen nicht erst zu vernehmenden, sondern einen schon vernommenen Appellanten vorausgesetzt haben. Als wirklich vernommen wurde aber der Appellant erst bei der Reproduction der extrajudiciell erkannten Prozesse betrachtet. Hiermit wurde der Judicialprozeß und der Weg zur eigentlichen Verhandlung geöffnet.

Aus der festen, durch die Gesetzgebung sanctionirten Trennung der Extrajudicial- vom Judicialverfahren, und der Unmöglichkeit zu diesem anders als auf dem Weg des Extrajudicialverfahrens zu gelangen, aus der Beschränkung der richterlichen Function beim Extrajudicialverfahren auf die Entscheidung der Frage: ob zu handeln sey? folgte die Unmöglichkeit, auf einseitigen Vortrag des Appellanten, durch ein Extrajudicialdecret die Rechtsverhältnisse der Parteien definitiv zu bestimmen. Die Gesetzgebung hatte dem Richter die Hände gebunden. War aber das Extrajudicialverfahren durch Erkennung der Appellationsprozesse beendigt, so schloß das einzige Wort erkannt, die Nothwendigkeit einer Verhandlung stillschweigend in sich, die weitere Evolution des Appellationsprozesses war nun vorgeschrieben, und anders als durch ein in der Audienz, den Anwälten beider Theile zu publicirendes feierliches Urtheil, nach förmlichen und geschlossenen Verhandlungen war es nicht möglich die Rechte beider Theile definitiv zu bestimmen.

Es gab indessen Fälle genug, in welchen die dem Appel-

lanten zugefügten Verletzungen, schon aus dem extrajudiciell übergebenen Beschwerdelibell und aus den Anlagen desselben evident resultirten. Dem Extrajudicialsenat blieb dennoch nichts mehreres als die einfache Erkennung der vollen Appellationsprozesse übrig. Bei der Langsamkeit der Reichsjustiz wurde dadurch die vom Appellanten reklamirte Rechtshülfe unabsehbar entfernt. Die wiederholte Erfahrung solcher Fälle, die Ueberzeugung, daß weitere Verhandlungen nach der Lage der Sache ohne Nutzen seyn würden, führte die Reichsgerichte, im Gefühl der gesetzlichen Beschränkung ihrer Macht, auf die Erfindung von Verfügungen, welche sie Ordinationen nannten, und welche nicht nach ihrem Zweck, aber desto mehr nach ihren Folgen und Wirkungen von den Ordinationen der Territorialgerichte durchaus verschieden waren.

Statt Appellationsprozesse unbedingt zu erkennen, erkannte sie der Richter nur bedingt. Er verband damit die Anzeige des unterrichterlichen Mißgriffs. Er überließ es dem Unterrichter den Mißgriff zu heben, und schlug auf diesen Fall die Appellationsprozesse ab. Jene Anzeige konnte für keinen Richterspruch gelten; denn ein Extrajudicialdecret konnte unmöglich eine Sentenz enthalten. Sie enthielt auch keinen Befehl an den Unterrichter, durch welchen ohnehin, der Natur der Sache nach, Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien nicht konnten bestimmt werden. Sie war für den Unterrichter eine bloße Belehrung oder Zurechtweisung. Nahm er die Belehrung an, so war dem Rechte des Appellanten ein Genüge geschehen, und alles weitere reichsgerichtliche Verfahren fiel als überflüssig hinweg. Im entgegengesetzten Falle waren volle Appellationsprozesse schon eventuell erkannt, und es kam nun zur judiciellen Verhandlung. Jede reichsgerichtliche Ordination enthielt folglich eine bedingte Einleitung des Judicialprozesses. Das Reichskammergericht drückte diese Bedingung durch ein „noch zur

Zeit abgeschlagen" aus, der Reichshofrath durch die einfache Verordnung, daß die Expedition der Appellationsprozesse so lange suspendirt bleiben solle, bis es sich zeige, ob der Unterrichter der zugegangenen Weisung Folge zu leisten geneigt sey. Beide Reichsgerichte verstatteten dem Appellaten gegen die Ordination die Einrede der Erschleichung. Fand sie Eingang, so wurde — immer im Wege des extrajudiciellen Verfahrens — die Ordination wieder eingezogen, und es blieb bei der einfachen Erkennung der Appellationsprozesse.

Ohne Frage waren die reichsgerichtliche Ordinationen gut gemeint. Ein guter Rath war im Grunde auch alles, was der Reichsrichter dem Unterrichter und den Parteien in einem Extrajudicialdecret geben konnte. Denn vor der wirklichen Erkennung der Appellationsprozesse hatte der Richter seine Gerichtsbarkeit noch nicht für fundirt erklärt. Er hatte die Sache noch nicht richterlich an sich gezogen. Citation an den Appellaten, Compulsorialien und Inhibitorialien an den Unterrichter waren noch nicht erlassen, aus einer noch nicht fundirten Jurisdiction konnten keine Befehle an den Unterrichter emaniren; ein in der vorliegenden Sache noch nicht als competent sich constituirender Richter konnte die Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien noch nicht gültig bestimmen. — Um so viel mißlicher und bedenklicher war aber auch die Befolgung des außergerichtlich ertheilten guten Raths, in den meisten Fällen.

Betraf die reichsgerichtliche Ordination einen bloßen Mißgriff in der Leitung des Prozesses, hatte der Appellant eine eigentliche Beschwerde gegen den Richter in die Formen einer Appellation eingekleidet, — dann war freilich das durch den außergerichtlich ertheilten Rath des künftigen Richters gestiftete Verhältniß nicht sehr verwickelt. Beschwerden dieser Art waren kein Gegenstand einer Rechtskraft. Nach der Vorschrift des kanonischen Rechts konnten sie von ihrem eig-

nen Urheber gehoben werden. War er schon auf bloße Vorstellung der Partei dazu befugt, so war er es noch mehr auf den Rath derjenigen Behörde, welche als Oberrichter auftrat, sobald die Partei durch die Reproduction der eventuell erkannten Appellationsprozesse das Judicialverfahren einleitete. Wie aber, wenn — gleichviel aus welchem Grunde — der Berathene dem Rathgeber trotz bot? Hier war freilich der letztere mehr oder weniger compromittirt. In einen Befehl konnte er den Rath nicht verwandeln, denn es fehlte ihm ja noch zur Zeit der Gerichtszwang. Es blieb ihm daher nichts übrig, als durch Erkennung oder vielmehr durch Realisirung der eventuell schon erkannten Appellationsprozesse erst seine Jurisdiction, mithin auch den Gerichtszwang zu constituiren. Jetzt war aber eine Verhandhandlung unvermeidlich, und diese mußte zu einem feierlichen Urtheil führen. Nun war durch die Ordination nicht Zeit gewonnen, sondern verloren. Der böse Wille des Unterrichters hatte ihren Zweck vereitelt, und der verwickelte Geschäftsgang der Reichsgerichte machte jetzt — gegen die Natur der Sache — bei einer bloßen Querel eben die Verhandlung nothwendig, welche sonst nur einer Rechtsdeclaration vorangehen sollte.

Noch weit verwickeltere Verhältnisse erzeugte eine die Rechtsverhältnisse der Parteien unter einander bestimmende Ordination. Der darin dem Unterrichter ertheilte Rath enthielt nichts weniger als die Zumuthung, die von ihm durch eine schiefe Rechtsdeclaration zugefügte Verletzung wieder aufzuheben, oder mit andern Worten, sein eignes Urtheil zurückzunehmen. Daß dies der Richter nicht darf, ist in der positiven Gesetzgebung deutlich ausgesprochen; daß er es nicht kann, im Organismus des Civilprozesses tief gegründet. Was blieb hiernach dem Unterrichter bei reichsgerichtlichen Ordinationen dieser Art übrig? Keine andere Wahl, als entweder durch Befolgung derselben sich eines groben Miß-

griffs schuldig zu machen und nichtig zu handeln, oder durch Nichtbefolgung den Zweck der Ordination selbst zu vereiteln.

Reichsgerichtliche Ordinationen — mochten sie den Prozeß oder die Sache betreffen — waren daher in jedem Fall — ich glaube mich nicht zu stark auszudrücken — prozessualische Ungeheuer. Bei Ordinationen der ersten Art wurde der Oberrichter, bei Ordinationen letzterer Art der Unterrichter compromittirt. Dort konnte der üble Wille des Unterrichters die Ordination zum Schaden der Partei vereiteln; hier konnte der nämliche Unterrichter beim besten Willen, ohne die gesetzlichen Schranken seiner Macht zu übertreten, den Zweck der Ordination nicht realisiren.

§. 8.

Vergleicht man nunmehr die Ordinationen wie sie im gemeinen Prozesse und in den einzelnen deutschen Gerichtshöfen, damit im Wesentlichen übereinstimmend, vorkommen, mit den reichsgerichtlichen Ordinationen, so haben sie allerdings Zweck und Gegenstand insofern mit einander gemein, als dadurch Abkürzung des Verfahrens erreicht, und ohne Eröffnung einer für überflüssig gehaltenen Erörterung, sonach Fehler in Ansehung statt gehabter prozeßleitender, oder das Recht der streitenden Theile ordnender Verfügungen abstellen sollen; aber in Bezug auf Quelle, Form, Umfang und Wirkung ist eine große Verschiedenheit vorhanden.

Rücksichtlich der Quelle liegt jene Verschiedenheit darin, daß die reichsgerichtlichen Ordinationen in einem Stadium des Prozesses erlassen wurden, in welchem der Oberrichter sich noch nicht als solchen constituirt, die Sache noch nicht an sich gezogen, sich also auch noch nicht in die Lage gesetzt hatte, dem Unterrichter Befehle, und den Parteien Entscheidungen über ihre Rechte zugehen zu lassen. Umge-

kehrt ist das alles bei Ordinationen des gemeinen Prozesses. Sie setzen stets voraus, daß der Appellationsrichter sich schon für competent erklärt, die Sache als an ihn erwachsen, betrachtet hat. Damit hängt die Verschiedenheit in der Form zusammen. Während nämlich die Reichsgerichte die Ordinationen mit dem Ausdrucke erließen: „werden zwar die gebetenen Prozesse hiermit erkannt, sed suspensa eorum expeditione, *Rescribatur* eidem iudici a quo, das zugefügte Gravamen von nun an dahin zu heben, daß dem Appellantischen Theile u. s. w." [1]), oder: „werden die Appellationsprozesse zwar zur Zeit noch abgeschlagen, Rescribatur u. s. w." wird nach gemeinem Prozesse immer erst die Appellation angenommen, und dann sofort die Ordination hinzugefügt. Auch folgt diese Ordination immer erst den Compulsorialien, während die reichsgerichtliche ihnen vorherging. Sodann erfolgte die reichsgerichtliche nur in Rescriptsform, die gemeinrechtliche aber regelmäßig in Bescheidsform, was bei der reichsgesetzlichen gar nicht vorkommen konnte. Hinsichtlich des Umfangs wurde bei den Reichsgerichten nur zum Zwecke der Abstellung eines Gravamens im Interesse des Appellanten, nach gemeinem Prozesse aber auch im Interesse des Appellaten ordinirt, soweit dieses nach den angenommenen Grundsätzen über Appellationsgemeinschaft, und über amtliches Wahrnehmen der Rechte des nicht gegenwärtigen Appellaten durch den Appellationsrichter möglich war. Hinsichtlich der Wirkungen enthielten reichsgerichtliche Ordinationen in der That nichts, als einen Wink für den Unterrichter, über die Art und Weise, wie er, der Unterrichter selbst, zu verfügen habe, um nach der Ansicht des Reichsgerichts, mit Abkürzung des Verfahrens der appellantischen Beschwerde abzuhelfen, so daß wenn der Unterrichter es nicht für gut fand, dem reichsgerichtlichen Winke zu folgen, dennoch es zum

---

1) Hanzely, a. a. O. S. 44. Nro. 551.

förmlichen Verfahren vor den Reichsgerichten kommen konnte; während die Ordination des gemeinen Prozesses das Verfahren wirklich abkürzt, indem der Appellationsrichter selbst entscheidend ausspricht, was geschehen solle oder Rechtens sey, und der Unterrichter verpflichtet ist, darnach zu handeln.

Es dürfte hieraus zur Genüge hervorgehen, daß die reichsgerichtlichen Ordinationen nicht als Quelle für den gemeinen Prozeß rücksichtlich derjenigen Verfügungen, welche auch in diesem Ordinationen genannt werden, zu betrachten sind; eben so wenig aber auch als Quelle für die Verfügungen, welche wir Relevanzbescheide genannt haben, und welche sich von Ordinationen durch nichts, als die Rescriptsform unterscheiden. Für unsern gemeinen Prozeß, sowie für das Verfahren der einzelnen Länder sind überall nicht die Fragen zu stellen; was sind Ordinationen? was ist ihr Zweck? wodurch werden sie gerechtfertigt? denn diese Fragen sind weder bestimmt genug, noch erschöpfen sie das Verhältniß, um dessen Aufklärung es sich handelt, sondern die zu lösende Aufgabe ist die: Unter welchen Voraussetzungen ist der Appellationsrichter berechtigt, wegen Unzulänglichkeit der Beschwerden Appellationsprozesse abzuschlagen, oder ohne den Appellaten vernommen zu haben, also auf den bloßen Vortrag eines Theils, und etwa auf bloße Berichterstattung des Unterrichters und auf Einsicht der Voracten, die unterrichterliche Verfügung aufzuheben oder zu ändern? Denn in der Lösung dieser Aufgabe liegt auch die Lösung der Frage: wann der Richter Relevanzbescheide und Ordinationsrescripte erlassen darf? So hingestellt, enthält die Aufgabe selbst nichts Rätselhaftes, sie drückt die Sache bestimmt aus, und die Ausdrücke Relevanzbescheid und Ordination dienen uns nur, um einem klar gedachten und ausgesprochenen Verhältnisse eine Bezeichnung zu geben, nicht aber soll

aus jenen Ausdrücken erst ein Begriff entwickelt, ein Verhältniß aufgefunden oder aufgeklärt werden.

§. 9.

Die Bestimmung der Appellation besteht hauptsächlich darin, daß der Appellationsrichter prüfen und entscheiden soll; ob der Unterrichter das streitige Rechtsverhältniß richtig geordnet hat. Das ältere röm. ging deßhalb von dem ganz in der Natur der Sache liegenden Gesichtspunkte aus, daß der Rechtsbestand des angegriffenen Urtheils aus den Acten der vorigen Instanz zu beurtheilen, der Appellant als Kläger zu betrachten, und verbunden sey, sich zu bemühen, daß jene Acten dem Appellationsrichter überbracht werden. Da das Verfahren in der ersten Instanz auf vollständiges Gehör berechnet war, so war das Gehör des Appellaten in der Appellationsinstanz nicht unbedingt nothwendig. Nur der Appellant, der die Rechtmäßigkeit bestritt, sollte dafür Gründe angeben. Das Gesetz hatte dem Appellaten Gelegenheit gegeben, seinen Widerspruch vorzubringen; aber auf seine Theilnahme bei der Verhandlung war so wenig gerechnet, daß wenn er nicht erschien, die Sache einseitig, ohne eigentliches Contumacialverfahren fortgesetzt wurde. Selbst in späterer Zeit, als die Aufgabe des Appellationsrichters sich erweiterte, als das Institut der Appellationsgemeinschaft und Adhäsion, so wie die Grundsätze über Zulässigkeit neuer Thatsachen, in der Appellationsinstanz sich ausbildeten, blieb man der ältern Ansicht über die Nichtnothwendigkeit der Theilnahme des Appellaten an der Verhandlung in dem Maaße treu, daß man das Officium iudicis anwieß, nöthigen Falls per suum vigorem ejus partes adimplere. Im canonischen und deutschen Rechte sind zwar die, in der Natur der Sache liegenden Ansichten, über den Zweck der Appellation beibehalten; aber das Appellationsverfahren selbst wurde umständlicher ausgebildet, und insbesondere auch auf das Gehör des Appellaten berechnet. Durch die unterrich-

terliche Sentenz ist das Rechtsverhältniß unter den streitenden Theilen hoheitlich geordnet. Die daraus für den einen Theil hervorgehenden Rechtsansprüche sucht der andere, der Appellant zu bestreiten, anzugreifen; hierdurch kommt der Gegner in die Lage sich zu vertheidigen. Daß der Appellat mit dieser Vertheidigung gehört werde, darauf ist das Appellationsverfahren im canonischen und deutschen Rechte berechnet. Die Gesetzgebung, die des späteren römischen Rechts eingeschlossen, hat aber außerdem das Appellationsverfahren über die Grenzen seiner ursprünglichen Bestimmung erweitert. Appellant wie Appellat haben nicht blos das Recht der neuen Rechtsausführung [1]), sondern auch das Recht des neuen Anbringens von Thatsachen. Dadurch wird es möglich, daß ein unterrichterliches Urtheil, welches den Voracten gemäß, nicht als beschwerend betrachtet werden konnte, in der Appellationsinstanz sich als beschwerend herausstellt, und umgekehrt, und eben so ist es möglich, daß es dem Appellanten gelingt, durch neue vorgebrachte Thatsachen und Beweise seine Beschwerden vollständig zu begründen; daß aber der Appellat durch andere neue vorgebrachte Thatsachen und Beweise das unterrichterliche Urtheil dennoch als vollständig angemessen rechtfertigt. Deßgleichen ist es möglich, daß in Folge der Grundsätze über Appellationsgemeinschaft und Adhäsion die oberrichterliche Entscheidung die Lage des Appellanten noch verschlimmert, und die des Appellaten verbessert.

Der Zweck des Verfahrens in zweiter Instanz ist, und kann kein anderer seyn, als Aufklärung des Streitobjects, sey es durch Berichteinforderung von dem Unterrichter, durch Einforderung der Acten, oder durch Verhandlung unter den streitenden Theilen. Wenn nun der einseitige Vertrag des Appellanten für sich, oder doch in Verbindung mit der gan-

---

1) Diese kann sich aber immer nur auf die zur Zeit des ersten Urtheils schon vorhandenen Gesetze beziehen. Nov. 115. Cap. 1.

zen frühern Verhandlung, betrachtet, ein völlig klares Verhältniß darstellt, wenn kein denkbarer Zweifel über das, was zu verfügen, oder zu erkennen seyn wird, übrig bleibt, wenn es als ausgemacht angesehen werden darf, daß keine Art weiterer Verhandlung eine andere Ansicht über die Beurtheilung der Sache zu erbringen vermag, dann wäre es rein zwecklos, also durchaus überflüßig, den andern Theil noch zu vernehmen, oder überhaupt weitere Verhandlungen einzuleiten. Das durch die Verhandlungen zu erreichende Ziel ist vor der Verhandlung schon erreicht. Es kann niemals einer Gesetzgebung die Absicht unterlegt werden, sie wolle mit offenbarer Zeit- und Kraftverschwendung Richter und Partheyen auf einem Umwege zur Erreichung eines schon erreichten Ziels zum Handeln nöthigen. Wenn also dem Richter nicht ausdrücklich und unter dem Präjudiz, daß er nichtig handle, durch das Gesetz befohlen ist, in allen Fällen das vollständige Verfahren in der Appellationsinstanz durchzuführen, dann darf er in Fällen, wie wir sie voraussetzen, auf einseitigen Vortrag, statt der Einleitung der gewöhnlichen Verfahrungsart, das rechtliche Verhältniß der Partheyen auf eine erschöpfende Art sofort zu bestimmen suchen, m. a. W. er darf Relevanzbescheide und Ordinationen erlassen.

Noch muß hier erwähnt werden, was Gans [1]) gegen die Zuläßigkeit der Ordinationsrescripte angeführt hat. Von Seiten des Beklagten in der Appellationsinstanz, d. h. von Seiten der Appellaten — so bemerkt er — sey nach dieser emendatorischen Prozeßform die Vertheidigung gänzlich ausgeschlossen, indem er vor Abgabe der neuen Entscheidung des Oberrichters nicht gehört, und von den gegen ihn angebrachten Appellationsbeschwerden nicht einst in Kenntniß gesetzt werde. Man könne nicht sagen, und diesem dadurch widersprechen, daß in den Voracten die Vertheidigung des Ap-

---

1) Zeitschrift für die Civil- und Criminalrechtspflege I. 2. S. 251.

pellaten enthalten sey, und da niemals ohne Einsicht der Voracten eine emendatorische Verfügung erlassen werden könne, der Appellationsrichter auch die Vertheidigung des Appellaten zur Hand habe; denn entweder werde der Appellationslibell von dem Oberrichter in Erwägung gezogen oder nicht; in dem letzteren Falle würde es ganz unnöthig seyn, einen Appellationslibell einzubringen, eine einfache Provocation an den Oberrichter, eine einfache Berufung, nach den Acten voriger Instanz ein Erkenntniß abzugeben, würde hinreichen, die Sache vor den Oberrichter zu bringen, und die Schnelligkeit der Justizverwaltung würde nur dadurch gewinnen; in dem ersteren Falle hingegen, und dieses sey der obwaltende, fehlte immer die Vertheidigung des Appellaten auf den Appellationslibell, und das angegriffene Erkenntniß sey nicht vertheidigt worden.

Noch auffallender stelle sich dieses dar, wenn gegen ein förmliches, nach erkannt gewesenem Actenschlusse abgegebenes Erkenntniß die Appellation zur Hand genommen sey. Wenn in der vorigen Instanz der jetzige Appellant vor dem angegriffenen Erkenntnisse um Aufhebung des Actenschlusses nachgesucht, und noch einen Schriftsatz eingereicht habe, so habe dieses dem jetzigen Appellaten zum Gegenschluß mitgetheilt werden müssen, so vollständig seine Vertheidigung auch schon in den Acten vorhanden gewesen seyn möge, und erst dann wäre das Erkenntniß erfolgt. Der Appellationslibell, durch welchen doch in der That der Actenschluß gleichsam wieder aufgehoben werde, müsse rechtlich wenigstens dieselben Folgen haben, als wenn er, wiewohl mit minderm Gewichte, in der vorigen Instanz noch eingebracht wäre.

Diese Entgegnung würde erheblich seyn, wenn nicht in allen Fällen, worin auf einseitigen Vertrag ein Relevanzbescheid oder Ordinationsrescript erlassen wird, vorerst mit der größten Umsicht geprüft werden sollte, ob das Gehör des Appellaten nicht denkbarer Weise erheblich werden könne.

Wo dieses anzunehmen ist, soll ja immer dessen Vernehmlassung erfolgen. Freilig ist die Verwaltung der Gerechtigkeit durchaus abhängig von der möglichen Freigebung der Vertheidigung, und Schnelligkeit der Rechtspflege ist nur Mittel zu diesem Zwecke, und nie kann sie zum Zwecke selbst sich erheben; allein zwecklose Vertheidigung ist, insofern durch sie der Rechtsspruch verzögert wird, doch gewiß eben so unzulässig, als Justizverzögerung oder Verweigerung eines zustehenden Rechts, widerrechtlich. Ueberflüssige Vetheidigungen sind keine nothwendige, und unnöthige darf der Richter abschneiden [1]. Bei der Darstellung der Bedingungen über die Zulässigkeit reformatorischer Relevanzbescheide oder Ordinationen wird es sich noch näher ergeben, daß dadurch die defensiones legitimae nicht beschränkt werden.

Ob das Verfahren, welches die gemeinrechtlichen Prozeßgesetze für das Appellationsverfahren vorschreiben, die Regel, Abkürzung desselben die Ausnahme bleiben, hängt von factischen Umständen, von manchen andern Prozeßeinrichtungen ab [2]. Je vollständiger die Verhandlung in den Voracten durchgeführt ist, je weniger das neue Vorbringen und die Gemeinschaftlichkeit der Appellation und Adhäsion im Umfange begünstigt wird, je mehr es Regel ist, in erster Instanz schon durch gelehrte Rechtsbeistände zu handeln, desto häufiger werden Relevanzbescheide und Ordinationen vorkommen können, und vielleicht die Regel bilden.

§. 10.

Bei der Feststellung der Bedingungen für die Zulässig-

1) Gönner Handb. III. S. 569. §. 9

2) Gans in der Zeitschrift für Civil- und Crim.-Rechtspflege I. 2. S. 250. bemerkt, daß im Hannöverschen die in der Prozeßordnung vorgeschriebene ordentliche Prozeßform die Ausnahme, und das bei Ordinationen gebräuchliche Verfahren die Regel bilde, so daß das Verhältniß emendatorischer Rescripte zu förmlichen Sentenzen sich herausstelle als 1 zu 50. — Dasselbe ist in vielen deutschen Ländern der Fall.

keit der Relevanzbescheide und Ordinationen ist zunächst daran zu erinnern, daß Ordinationen sich nicht in den Voraussetzungen ihrer Statthaftigkeit, sondern blos in der Form des Erlasses selbst von Relevanzbescheiden unterscheiden, also alles was von diesen rücksichtlich der Bedingungen gilt, auch auf jene anwendbar ist. Wir werden deshalb in der folgenden Erörterung nur von Relevanzbescheiden sprechen, weil die dafür aufzustellenden Grundsätze auch für Ordinationen geltend sind, und die Frage, wann die Form der Ordinationsrescripte zu empfehlen ist, noch besonders erledigen.

Zu den im Allgemeinen schon angedeuteten Rücksichten, welche bei Lösung der Frage zu nehmen sind: wann der Appellationsrichter für befugt zu erachten sey, das regelmäßig einzuhaltende Verfahren zu verlassen? kommt nun ferner noch, daß ein Unterschied eintritt, jenachdem beabsichtigt wird, durch den Relevanzbescheid eine confirmatortische oder eine reformatorische, oder eine gemischte Verfügung zu erlassen. Auf diesen Unterschied ist bei Erörterung unseres Gegenstandes niemals Rücksicht genommen, weil man niemals bestimmt die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Relevanzbescheide, als Gattungsbegriff, sondern die Voraussetzungen für Ordinationen, welche blos eine durch die Form ausgezeichnete Art von Relevanzbescheiden sind, zu bestimmen suchte, ohne sich stets klar zu denken, daß man blos mit einer solchen Art von Relevanzbescheiden sich befasse, und weil man in den Begriff, in das Wesen der Ordinationen, willkührlich, oder nach dem Gebrauche der ehemaligen Reichsgerichte, das Merkmal, wornach sie im Interesse des Appellanten reformirten, hineinlegte. Von dieser einseitigen Betrachtungsweise ist selbst v. Almendingen in seiner geistreichen Abhandlung über Ordinationen ausgegangen, weßhalb seine, für die eine Art von Ordinationen so schön ausgeführte Darstellung, den Gegenstand nicht erschöpft.

Daß Relevanzbescheide eben so, wie Appellationsurtheile,

sowohl confirmatorisch als reformatorisch, und gemischt ausfallen können, beweißt der Gebrauch in den deutschen Gerichten zur Genüge.

Confirmatorisch ist der Relevanzbescheid immer dann, wenn die Appellationsprozesse aus dem Grunde, weil es offenbar an Erheblichkeit der Beschwerden mangelt, abgeschlagen werden, und sonst keine abändernde Verfügung angehängt oder erlassen wird. Denn dieser Fall ist wesentlich verschieden von denjenigen, wo wegen Mangels an Formalien oder Fatalien die Appellation verworfen wird. Diese Verfügung ist ihrem Begriffe nach gar kein Relevanzbescheid. Wenn der Appellationsrichter wegen Unerheblichkeit der Beschwerden Appellationsprozesse abschlägt, muß er die Appellation als an ihn erwachsen voraussetzen, und die Ueberzeugung gewonnen haben, daß der Appellant nichts Erhebliches gegen das unterrichterliche Urtheil vorzubringen hatte, dieses setzt eine Prüfung des unterrichterlichen Urtheils voraus, und dasselbe wird nur nicht in einem feierlich publicirten Urtheil direct bestätigt, sondern in dem anspruchloseren Gewand eines Relevanzbescheides indirect aufrecht erhalten. Wann Relevanzbescheide reformatorisch sind, ergiebt sich hiernach von selbst. Sie sind es nämlich dann, wenn statt der Erkennung der Appellationsprozesse, oder wenigstens, nach dem Gebrauche mancher Gerichte, statt deren Ausfertigung, sofort in der Sache eine das unterrichterliche Urtheil abändernde Verfügung erlassen wird. Gemischt, wenn das unterrichterliche Urtheil nicht gänzlich, sondern nur theilweise abgeändert, theilweise aber ausdrücklich oder stillschweigend bestätigt wird. Insofern ein Relevanzbescheid reformatorisch ist, kann er, wie ein Appellationsurtheil selbst, wieder blos im Interesse des Appellanten, oder blos im Interesse des Appellaten, oder auch im Interesse beider reformiren, denn es ist ebenfalls eine irrige Ansicht, wenn man davon ausgeht, daß Relevanzbescheide (in dieser Tendenz gewöhnlich immer nur Ordina-

tionen genannt) nur im Interesse des Appellanten Abänderungen treffen könnten, und daß, wenn dasselbe im Interesse des Appellaten geschehen sollte, ein auf gegenseitige Verhandlung zu erlassendes Appellationsurtheil nothwendig sey; eine Ansicht, die aus einer irrigen Theorie über Appellationsgemeinschaft und reformatio in peius entstanden ist.

Von dem Inhalte der Relevanzbescheide hängen nun wesentlich die Voraussetzungen für ihre Zulässigkeit ab.

I. Wir wollen den schwierigeren Fall vorerst betrachten. Dieses ist der, unter welchen Voraussetzungen ein reformatorischer Relevanzbescheid erlassen werden darf?

Diese Frage hat v. Almendingen mit solcher Vollständigkeiit und Klarheit gelößt, daß hier wenig hinzuzufügen ist. Es würde auf seine Darstellung blos verwiesen werden, wenn wir nicht der Vollständigkeit wegen seiner Entwicklung hier einen Platz wünschen müßten, die wir wieder wörtlich aufnehmen, weil uns eine klarere Darstellung wohl kaum gelingen würde. [1]).

Almendingen lehrt nämlich: Die Frage: wann der Fall eintritt, in welchem der Richter ohne den Appellaten vernommen zu haben, die Beschwerden durch einen Relevanzbescheid oder eine Ordination heben darf — lößt sich in folgende Fragen auf:

1) Wenn zeigen die Voracten, daß der Appellat schon vollständig gegen das Vorbringen des Appellanten vertheidigt sey?

2) Wenn zeigen sie, daß er nicht durch neue Ausführung und neues Vorbringen das vorige Urtheil werde rechtfertigen können?

3) Wenn darf der Oberrichter annehmen, daß der Appellat das vorige Urtheil nicht durch eigne Beschwerden werde anzufechten im Stande seyn?

---

1) Almendingen Metaphysik S. 202. f.

1) Wenn zeigen die Voracten, daß der Appellat schon vollständig gegen das Vorbringen des Appellanten vertheidigt sey?

Ist das Factum völlig klar und nur in der Anwendung desselben auf das Gesetz vom vorigen Richter gefehlt, trägt der Appellant in dem Beschwerdelibell keine neue Thatsachen, welche die rechtliche Beurtheilung ändern könnten, vor [1], gründet er seine Beschwerden auch auf keine neue, in den Voracten nicht enthaltene Rechtsdeduction [2], hat der Appellat sich über das in den Voracten liegende Factum überall bestimmt und vollständig erklärt, so ist seine Vertheidigung erschöpft; der Zweck seiner Vernehmlassung ist erreicht. Der Richter kann — wenn nicht Rücksichten für das dem Appellaten zustehende Recht des neuen Vorbringens und des gegenseitigen Angriffs des Urtheils etwas anders bestimmen — ohne Verletzung seiner Pflichten, die ganze weitere Verhandlung durch (einen Relevanzbescheid oder) eine Ordination abkürzen.

Es darf keine der aufgezählten Bedingungen fehlen,

a) das Factum muß völlig klar in den Voracten feststehen [3]) — Die Vernehmung beider Theile hat

---

1) Es versteht sich, daß dieses zulässige neue Thatsachen seyn müssen, und nicht durch sie allein die Beschwerde muß begründet werden, sondern, daß die Nova zur Unterstützung dienen sollen. Mein Handb. über die Rechtsmittel. I. §. 184. f.

2) Es kommt dabei hauptsachlich darauf an, ob der Oberrichter durch die neue Rechtsdeduction sich will leiten lassen. Ist dieses der Fall nicht, dann kommt auf den, vom Appellanten gemachten Versuch einer neuen Rechtsdeduction nichts weiter an.

3) Die Lehre, daß wenn die Appellation blos einen Fehler im Prozeß betreffe, eine abändernde Verfügung durch den Oberrichter unbedenklich statt finden könne (Claproth Einl. II. §. 373.) mag ihren Grund gerade darin haben, daß durch Vorlage der Actenstücke in einer obgleich einseitigen Vorstellung, die Wahrheit des Vorbringens sich leichter herausstellt. Gönner Handb. III. S. 583.

vorzüglich die Feststellung der eingestandenen und der nicht eingestandenen Thatsachen zum Zweck. Liegt das, was am Factum zugegeben und geleugnet wird, noch im dunkeln, so ist freilich die Litiscontestation fehlerhaft (nicht eben nichtig); eine weitere Verhandlung kann indessen das Factum zu größerer Klarheit bringen. Die Vertheidigung des Appellaten gegen die zu seinem Nachtheil vom Appellanten behauptete Thatsachen kann dadurch vervollständigt werden. Es würde Mißgriff seyn ihn von einer solchen Verhandlung auszuschließen.

b) Der vorige Richter muß bloß in der Anwendung des Factums auf das Gesetz gefehlt haben. Diese Anwendung gehört eigentlich zu der positiven Thätigkeit des Richters. Richtige oder unrichtige Rechtsdeductionen der Parteien können hierin nichts abändern. Sehr verschieden von der Anwendung gewisser und klarer Gesetze auf gewisse und klare Thatsachen ist die Würdigung der quantitativen Gewißheit der Thatsachen selbst. Hier sind die Urtheile individueller, die Ansichten vielseitiger. Vom Gesetz verlassen findet sich hier der Richter an seinen bloßen Menschensinn verwiesen. In der Beweisinstanz — wenn es auf die Frage ankömmt, ob ein Beweis geführt sey oder nicht, — sollte daher [1]) auf einseitigen Antrag reformirt werden. Man kann hier den vorigen Richter keiner fehlerhaften Anwendung des Factums auf das Gesetz beschuldigen. Individuelle Ansichten entscheiden, der Oberrichter muß alle, auch die individuelle Ansicht des Appellaten vernehmen. Auch kann der Oberrichter unmöglich wissen, ob nicht der Appellat durch neue Beweise das auf den vorhin geführten Beweis nicht richtig abgefaßte vorige Urtheil werde rechtfertigen können.

---

1) Es wird alles von der Klarheit der Sache abhangen. Daß in solcher Sachlage größere Vorsicht nöthig wird, ist gewiß.

c) Der Appellant muß seine Beschwerden nicht auf neue Thatsachen gründen. — Es versteht sich von selbst, daß der Appellat erst nothwendig darüber zu vernehmen ist.

d) Der Appellant muß seine Beschwerden auch nicht durch neue rechtliche Ausführungen gerechtfertigt haben. Rechtsausführungen, wird man einwenden, gehören in das Gebiet der positiven richterlichen Thätigkeit. Die Partheien könnten sie ganz sparen. Sie entwickeln dem innern Auge des Richters, was er von selbst sehen muß. Sie sind im Grunde stillschweigend in der einfachen Darlegung des Factums enthalten. Die Anwendung desselben aufs Gesetz ist in der Hand der Parthei eine Krücke, der sich nur der faule und pflichtvergessene Richter bedienen wird. — Ob daher neue Rechtsausführungen im Beschwerdelibell enthalten sind oder nicht, ist ganz gleichgültig. Der Richter hätte sie selbst machen müssen, wenn auch der Appellant kein Wort davon gesagt hätte. Der Richter darf und wird davon, daß die Parthei ihm vorgearbeitet habe, keine Notiz nehmen.

Außerdem — wird man weiter einwenden — enthält die neue Rechtsausführung entweder Wahrheiten, welche die Logomachie des appellatischen Anwalts nicht wegzuräumen im Stande ist, oder sie enthält ein sophistisches Gewebe von Schlüssen, welches den Beifall des Richters nicht erschmeicheln darf, und welches eben darum der Appellat nicht zu widerlegen braucht. Im ersten Fall würde seine Vernehmlassung fruchtlos, im zweiten würde sie überflüssig seyn. Und wenn dennoch der Richter im zweiten Fall das vorige Urtheil brevi manu abgeändert hätte, so würde ihn nicht die neue Rechtsdeduction des Appellanten, sondern blos der Inhalt der Voracten dazu bestimmt haben.

Dieses Raisonnement mag logisch richtig seyn, aber gewiß nicht psychologisch. — Was in aller Welt hat die Psy-

chologie mit der Theorie des Civilprozesses zu thun? wird man vielleicht weiter fragen. — Sehr viel. Die durch kein Gesetz verstattete Ordinationen können blos aus der Natur der Sache gerechtfertigt werden. Zur Natur der Sache gehört aber auch die psychologische Natur des Richters als Menschen. Denn — es giebt tausend feine Beziehungen des Factums auf das Gesetz, welche das Auge des gewöhnlichen Richters nicht sieht, wenn man sie ihm nicht zeigt. Jedes nur halbweg verwickelte rechtliche Verhältniß ist mannigfaltiger Ansichten fähig. Nachdem diese oder jene Seite herausgehoben, hier Licht verbreitet, dort Schatten aufgetragen wird, ändert sich die Beurtheilung, freilich nicht für den Richter von höherem Scharfsinn, den kein Trugschluß blendet, der mit der vollständigsten Uebersicht über das System der Gesetzgebung jene selbstständige Kraft des Urtheils verbindet, welche den Künsten der Syllogistik und dem Zauber der Darstellung widersteht. Allein welcher Richter ist berechtigt sich für einen so seltenen Sterblichen zu halten? Welche Proceßtheorie darf ihn postuliren? — Er erfüllt seine Pflicht, wenn er sieht, was ihm die Parthei oder der ruhige Blick des gewöhnlichen Geschäftsleben zeigt. Zur Erspähung feinerer Verhältnisse und Beziehungen ist er bei der unbefangenen Seelenstimmung, welche das Gesetz vom Richteramt fordert, nicht berufen; sie bleibt dem durch eignes Interesse erhöhten Scharfsinne der Parthei überlassen.

Denkt man sich den Kopf des Richters als den passiven Schauplatz des Partheienkampfes um richterlichen Beifall, so wird man wohl dem einen Theil das Recht nicht einräumen dürfen, auf jenem Schauplatze vortheilhafte Veränderungen zu erwirken, ohne dem Andern ein gleiches Recht zuzugestehen. Nimmt man an, daß die Parthei den Kopf des Richters nicht blos durch die Berufung auf Thatsachen, sondern oft noch mehr durch die mehr oder weniger künstliche Structur dieser Thatsachen zu bearbeiten sucht, nimmt man

an, daß eine recht gründlich ausgearbeitete Rechtsdeduction auf den gewöhnlichen Richter gleich einer Information wirkt, indem ihn der Deducent auf vieles aufmerksam macht, was sein unbefangener Sinn nicht würde wahrgenommen haben, übersieht man nie, daß der Gegner nothwendig und vor der richterlichen Entscheidung von allem dem informirt werden muß, wovon der Richter informirt worden ist, damit ihm überall der Weg zur Gegeninformation geöffnet und gesichert bleibe, vergißt man endlich nicht, daß eine rechtliche Gegendeduction nichts anders ist, als eine Exceptionalhandlung vor dem Richterstuhl des Scharfsinns, so wird von selbst folgen, daß ein Urtheil in der Form eines Relevanzbescheides auf eine neue Rechtsausführung im Beschwerdelibell, einen ebenso unverantwortlichen Verstoß gegen das audiatur et altera pars darstellt, als eine Ordination auf neues factisches Vorbringen.

e) Der Beklagte muß gegen das Vorbringen des Appellanten schon vollständig vertheidigt seyn. — Diese Bedingung ist im Grunde schon in den vorigen enthalten. Die Vertheidigung des Appellaten ist entweder wegen fehlender bestimmter Antwort desselben auf das vom Gegner vorgetragene Factum, oder auf die von ihm geführte Rechtsdeduction mangelhaft. Im ersten Falle ist das Factum nicht völlig klar, im zweiten ist es eben so, als wenn der Appellant erst im Beschwerdelibell eine neue Rechtsausführung vorgelegt hätte. Der Appellat ist noch mit keiner Gegendeduction aufgetreten, und hat sich noch nicht des Rechts der Gegenwirkung auf den richterlichen Scharfsinn bedient.

Treffen alle ausgeführte Bedingungen zusammen, so ist der Appellat gegen den im Gravatoriallibell des Appellanten enthaltenen Angriff des vorigen Urtheils schon vollständig geschützt. Seine weitere Vernehmlassung würde zwecklos seyn. Sie kann als eine müssige Form vom ordinirenden Richter umgangen, und das Recht des Appellanten im Re-

levanzbescheid sogleich — wenn nicht andere Rücksichten eintreten — declarirt werden. Es kömmt nämlich weiter darauf an

2) ob die Voracten zeigen, daß der Appellat nicht durch neue Ausführung oder neues Vorbringen das vorige Urtheil werde rechtfertigen können?

Es giebt allerdings Fälle, in welchen sich die Unmöglichkeit einer Rechtfertigung des vorigen Urtheils durch neues rechtliches oder factisches Vorbringen nicht schlechterdings behaupten läßt. Ist neues rechtliches Vorbringen möglich, so ist dasjenige zu wiederholen, was über die in den Voracten fehlende Gegendeduction des Appellaten gesagt ist. Gewöhnlicher sind die Fälle, in welchen das Vorbringen neuer Thatsachen denkbar bleibt. Sie bedürfen keine Erklärung. Im Beweisverfahren können neue Urkunden den mit Unrecht vom vorigen Richter für vollständig erklärten Beweis vervollständigen. Der Appellat kann Thatsachen nachweisen aus welchen die Gültigkeit einer vom vorigen Urtheil mit Unrecht für gültig erklärten Handlung dennoch folgt u. s. w.

Es giebt aber auch Fälle genug, in welchen aus den Voracten selbst die baare und pure Unmöglichkeit einer Rechtfertigung des vorigen Urtheils durch Nachacten hervorgeht. Es gibt Fälle, in welchen die durch den unterrichterlichen Mißgriff überraschte gesunde Vernunft des Oberrichters beim ersten Blick frägt: wie konnte so erkannt, wie kann dieses Erkenntniß vertheidigt werden? Es ist z. B. der Beweis abgeschnitten, ist bei der klarsten Litiscontestation auf den Beweis irrelevanter Thatsachen interloquirt worden. Welches verborgene Factum, welche verschwiegene Rechtsdeduction könnte hier das beschwerende Erkenntniß retten? Wie könnte die Exceptionalhandlung die Natur der Sache ändern? Welche rechtliche Rücksicht sollte dem Richter untersagen, sofort durch den Relevanzbescheid die Beschwerde zu heben?

Nur eine Rücksicht. Die Rücksicht auf die mögliche Reconvention oder auf den gegenseitigen Angriff des Appellaten. Sie führt zur Untersuchung der Frage:

3) wenn darf der Oberrichter annehmen, daß der Appellat das vorige Urtheil nicht durch eigne Beschwerden werde angreifen können?

Die Vorschrift des römischen Rechts c. VII. 62. 39. Ampliorem providentiam etc. wird bei Beantwortung dieser Frage vorzüglich wichtig. Sie gebietet dem Richter Achtung für die mögliche gegenseitige Beschwerde des Appellaten. Eine reformirende Rechtsdeklaration im Relevanzbescheid würde offenbar den Appellaten vom eignen Handeln gegen das vorige Urtheil gesetzwidrig ausschließen. Der Oberrichter darf daher bei einer aus der Lage der Acten resultirenden Wahrscheinlichkeit oder Möglichkeit einer gegenseitigen Beschwerde desselben, nicht auf den einseitigen Vortrag des Appellanten das Verfahren durch die Ordination abkürzen. Nur wenn jene gegenseitige Beschwerde durchaus unmöglich, vollkommen undenkbar ist, fällt alle Bedenklichkeit hinweg. Es gibt noch ein dritter Fall. Die gegenseitige Verletzung des Appellaten kann klar und unverkennbar aus den Voracten hervorgehen. Es ist vernünftig anzunehmen, daß er darum nicht selbstständig appellirt habe, weil sein Gegner ihm zuvorkam. Es ist zu erwarten, daß er in der Exceptionalhandlung seine Verletzung zur Sprache bringen und die Aufhebung derselben verlangen werde. Soll hier der Oberrichter dieses Verlangen abwarten, und durch Ertheilung eines Relevanz- und Mittheilungsbescheides den Weg zur Verhandlung öffnen? Oder darf er durch eine Ordination die Beschwerde des Appellanten und die Verletzung des Appellaten zugleich aufheben? — Beim ersten Blick scheint diese Frage nicht vielseitig. Alle richterliche Thätigkeit, wird man sagen, ist negativ, alle Reform im höhern Instanzurtheil durch den Antrag des Verletzten bedingt. Der Ober-

richter darf dem Appellaten seine Hülfe nicht aufdringen; er muß seine Aufforderung erst abwarten. Genug wenn er ihm den Weg zur Geltendmachung seines Rechts offen hält. Es bleibt daher in einem solchen Fall nichts anders als die Einleitung des Appellationsverhandelns übrig.

Diese Antwort scheint die natürlichste. Und doch gibt es nach dem positiven Gesetz noch eine andere. Es läßt sich auch in diesem Fall eine Ordination als wohlthätige Abkürzung des Verfahrens, es läßt sich sogar eine Urtheilsreform von Amtswegen rechtfertigen. Die Verordnung Ampliorem providentiam etc. etc. unterscheidet sehr bestimmt den anwesenden vom abwesenden Appellaten. Die gegenseitige Beschwerde des ersten soll der Richter im schließlichen Urtheil nur auf sein Verlangen, die gegenseitige Beschwerde des Abwesenden dagegen von Amtswegen berücksichtigen. Was ist aber der ungeladene Appellat anders als ein abwesender unvertheidigter Gegner? Der Richter, sagt das Gesetz, soll seine Stelle vertreten. Was heißt das wohl anders, als der Richter soll nach einer gesetzlichen Fiction annehmen, der Appellat habe das, was er hätte rechtlich verlangen können, wirklich verlangt. — Dies vorausgesetzt, ist auch in einem solchen Falle die Ordination — und zwar hier zum Besten des Appellaten — zulässig; sie enthält für beide Theile Wohlthaten, spart beiden den Kosten- und Zeitaufwand des Verfahrens, läßt jedem sein Recht wiederfahren, dem einen, weil er es wirklich, dem andern, weil er es nach einer gesetzlichen Fiction gefordert hat.

II. Die Voraussetzungen zu einem confirmatorischen Relevanzbescheide, der stets nach eingegangener Justifikation, wenn die Appellation nicht schon aus andern Gründen (Mangel an Fatalien und Formalien — Qualität und Quantität der Sache) unzulässig ist, in der Abschlagung der Appellationsprozesse liegt, setzt voraus, daß sich weder aus dem Vorbringen des Appellanten, noch aus den unterrichterlichen Ac-

ten ein Grund ergiebt, daß anders, als von dem Unterrichter geschehen, hätte erkannt werden können. Der Fall ist wesentlich verschieden von dem eines reformatorischen Relevanzbescheides. Wenn nämlich die Voracten dem Appellationsrichter vorliegen, der Appellant vollständig gehört ist, so ist auch in Bezug auf ihn, das rechtliche Gehör nicht einmal der Form nach beschränkt. Das Gehör des Appellaten ist seiner Natur nach auf Vertheidigung und Angriff gegen den Appellanten gerichtet, darauf daß an der unterrichterlichen Sentenz nichts oder etwa zu noch größerem Nachtheile des Appellanten und Vortheile des Appellaten geändert werde. Wenn also dem Appellaten keine Gelegenheit zum rechtlichen Gehör gegeben wird, so liegt hierin keine Beschwerde für den Appellanten. Ist dagegen das Vorbringen des Appellanten von der Art, daß sich denkbarer Weise voraussetzen ließ, entweder, der Appellat werde durch nähere Erläuterungen, Stoff zu einer andern Beurtheilung darbieten, oder er werde durch eigene Beschwerden oder Adhäsion Abänderung wirksam in Anregung bringen, oder der Appellant hat wirklich erhebliche Nova in factischer Beziehung vorgebracht, dann wird immer die Einleitung weiterer Verhandlung nothwendig.

Es kann übrigens Fälle geben, worin man Appellationsprozesse **abschlägt** bevor man die Voracten eingesehen oder auch nur den Appellanten mit seiner Rechtfertigung gehört hat; nämlich dann, wenn schon aus der Introduction unwiderlegbar hervorginge, daß das Beginnen des Appellanten in keiner denkbaren Weise einen Erfolg haben könnte.

III. Bei **gemischten** Relevanzbescheiden treten natürlich die Grundsätze welche bei confirmatorischen und reformatorischen zu beobachten sind, abwechselnd ein. Die Bestätigungsform kann aber in solchen Fällen niemals Abschlagung der Appellationsprozesse seyn, weil, wenn diese erfolgt wäre, es consequent niemals zu einer reformatorischen Verfügung kommen könnte.

§. 11.

Was die Wirkungen der seither behandelten Verfügungen anbetrifft, so findet

1) gegen diejenigen Decrete, wodurch die Appellation für zulässig erkannt wird, (Zulassungsdecret) von Seiten des Appellaten auch dann kein eigentliches Rechtsmittel statt, wenn jene Zulassung ganz mit Unrecht ausgesprochen wäre. Der richterliche Ausspruch ist nicht blos auf einseitigen Antrag erfolgt, sondern enthält noch keinen entscheidenden Ausspruch über das Rechtsverhältniß, schneidet auch die Verhandlung, um zu einer definitiven Erledigung zu gelangen nicht ab, sondern eröffnet nur die Möglichkeit zum wechselseitigen Vorbringen der Partheien. Der Appellat kann alle Einwendungen gegen diese Verfügung vorbringen, hat also Gelegenheit seine Vertheidigung bei demselben Richter zu führen. Nachdem dieses geschehen, und der Richter hierüber einen Ausspruch gegeben hat, ist über das wechselseitige Vorbringen reflectirt, entschieden, und gegen den nunmehr erfolgten Ausspruch finden eigentliche Rechtsmittel Statt [1].

2) Decrete, wodurch ein Rechtsmittel verworfen wird (Verwerfungsdecret), also auch solche wodurch die Appellation für unzulässig erklärt wird, sind deshalb höchst wichtig in ihren Folgen, weil ihnen ein Urtheil vorhergeht, welches, ohne den Gebrauch eines Rechtsmittels, rechtskräftig geworden wäre, und, sobald das dagegen ergriffene Rechtsmittel als unzulässig verworfen wird, und es bei dieser Verwerfung bleibt, in Rechtskraft übergehen würde. Aus diesem Grunde finden gegen abschlägige Decrete, worin ein Rechtsmittel verworfen wird, die zur Anfechtung eigentlicher Urtheile gegebenen Rechtsmittel statt. Es versteht sich aber

---

1) Gönner Handb. III. S. 188. Vergl. meine Abh. in der Zeitschr. fur Civilr. u. Proz. IV. S. 18. f.

von selbst, daß hier von abschlägigen Decreten, welche der Oberrichter erlassen hat, die Rede ist; denn wenn der Unterrichter durch verwerfende Apostel, in dem Einwendungszeugnisse, die Appellation für unbegründet erklärt, so findet gegen solche Erklärungen kein Rechtsmittel statt. Denn der Appellant führt dessen ungeachtet die Appellation beim Oberrichter ein, und die Prüfung, ob die Appellation zulässig sey, steht mit bindendem Erfolge nur dem Appellationsrichter zu. Nur dann, wenn der Unterrichter auf eingewendete Appellation, dieser, durch ein Decret, die Suspensivkraft abschlägt, tritt er aus dem Gebiete der Apostel heraus, und gegen ein solches Decret ist ein eigentliches Rechtsmittel oft zweckdienlich, jedenfalls erlaubt [1]).

Sobald durch die Rechtfertigung der Förmlichkeiten und Beschwerden der Appellationsrichter in der Lage ist, über die Appellationsprozesse zu erkennen, entstehen durch die desfalls zu erlassenden Verfügungen, (Relevanzbescheide und Ordinationen) neue Wirkungen. Werden

1) die Appellationsprozesse wegen offenbarer Unerheblichkeit der Beschwerden abgeschlagen, so findet gegen einen solchen abschläglichen Relevanzbescheid Rechtsmittel statt, insofern solche nach der Instanz noch zulässig sind. Ist daher dieser abschlägliche Relevanzbescheid in letzter Instanz erfolgt, oder ist er, weil kein zulässiges Rechtsmittel dagegen eingewandt ist, in Rechtskraft übergegangen, dann wird die Sache an den vorigen Richter zurückgewiesen.

2) Werden dagegen die Appellationsprozesse nicht abgeschlagen, sondern wird, weil ohne weitere Verhandlung der Appellationsrichter den Beschwerden abzuhelfen im Stande ist, ein darauf hinzielender Relevanzbescheid oder eine Ordination erlassen, dann hat ein solcher Bescheid ebenfalls die Wirkung

1) Gensler Comment. zu Martin II. S. 148. Gönner a. a. O. S. 189. f.

eines Appellationsurtheils. Er ist sowohl in Bezug auf den Appellanten als Appellaten der Rechtskraft fähig, und geht darin sogleich über, wenn er in höchster Instanz erlassen wurde, oder nach Ablauf von zehn Tagen wenn ein noch zulässiges die Rechtskraft hemmendes, Rechtsmittel nicht gebraucht wurde. Rücksichtlich der Zulässigkeit von Rechtsmitteln ist nach der Natur des ganzen Verhältnisses zu bemerken:

Der Rechtfertigungsgrund von Relevanzbescheiden und resp. Ordinationen ist allein darin zu finden, daß der Zweck der Appellationsverhandlung, vollständiges Gehör beider Theile, in den Acten voriger Instanz schon oder doch durch das einseitige Vorbringen des Appellanten und Berichtserstattung des Unterrichters nunmehr vollständig erreicht ist. Wäre diese Voraussetzung nicht begründet gewesen, hätte es an der Vollständigkeit der Vertheidigung gefehlt, sey es, daß der Appellat nicht hinlänglich vertheidigt war gegen das Vorbringen des Appellanten, oder die im unterrichterlichen Urtheile selbst liegenden Verletzungen, welche auf dem Wege der Adhäsion noch hätten gerügt, oder amtlich vom Appellationsrichter hätten gehoben werden sollen, oder sey es, daß der Appellant nicht hinlänglich geschützt war gegen die Unterstellungen, welche der Appellationsrichter machte, als er etwa amtlich Beschwerden des Appellaten, auf den Grund der Gemeinschaftlichkeit des Rechtsmittels, aufsuchte und abstellte; dann wäre der Relevanzbescheid, die Ordination nicht gerechtfertigt gewesen. Also nicht in der innern Güte des Rechtsspruchs, nicht darin, daß das materielle Recht im förmlichen wirklich dargestellt wird, liegt der Rechtfertigungsgrund eines Relevanzbescheides oder einer Ordination, sondern darin: daß vollständige Vernehmlassung und Vertheidigung beider Theile in den Acten vorhanden war, als der Oberrichter die Rechtsdeklaration ertheilte. Auf der andern Seite darf aber auch niemals übersehen werden, daß, da die Acten voriger Instanz einen Theil der Ap-

pellationsacten ausmachen, in jenem aber wechselseitiges Gehör statt gefunden hat, man doch auch nur dann sagen kann, daß ein Theil nicht hinlänglich beschützt, vertheidigt, gehört gewesen sey, wenn er nachzuweisen vermag, daß durch sein weiteres Vorbringen in der Appellationsinstanz, wozu ihm die Erkennung vollständiger Appellationsprozesse Gelegenheit gegeben hätte, der Inhalt des vorliegenden Relevanzbescheides oder der Ordination als sententia iniusta erschienen wäre. Denn ohne diesen Nachweis würde es an aller Verletzung mangeln, es sich deshalb auch nicht rechtfertigen lassen, einen Richterspruch, der in Form eines Relevanzbescheides oder einer Ordination erlassen war, wieder aufzuheben, um ihn seinem ganzem Inhalte nach in Form eines feierlich publizirten Urtheils wieder herzustellen.

Mit welchen Rechtsmitteln die Partheien, Relevanzbescheide und Ordinationen zu bekämpfen haben, darüber sind die Ansichten verschieden. Gewöhnlich beschränkt man sich darauf allgemein zu bemerken, daß Rechtsmittel statt finden, ohne die Voraussetzungen zu dem einen oder andern näher zu bestimmen und die verschiedenen Fälle zu unterscheiden [1]) und diejenigen, welche in eine nähere Bestimmung eingehen, beschränken sich immer auf Ordinationen, also auf eine Classe von Relevanzdecreten. Da man aber zugiebt, daß in der Rescriptsform, worin Ordinationen erscheinen, kein Grund für besondere sachliche Eigenthümlichkeiten liege [2]), so passen die Grundsätze, welche in dieser Rücksicht für Ordinationen aufgestellt werden, auch allgemein für Relevanzbescheide überhaupt.

Gönner bemerkt hierüber: 1) In Rücksicht auf den Appellanten ist die Ordination ein Relevanzbescheid,

---

1) Gensler Comment. zu Martin II. S. 180. v. Grolman Theorie §. 236.

2) Gönner Handb. III. S. 586.

welcher in Rechtskraft übergeht, so weit darin das vorige Urtheil bestätigt wurde. Wenn demnach eine Ordination dem Begehren des Appellanten nicht ganz, sondern zum Theil entsprach, so kann derselbe, insoweit durch den richterlichen Bescheid das vorige Urtheil Bestätigung erhielt, dagegen ein Rechtsmittel ergreifen. 2) In Rücksicht des Appellaten unterscheidet er folgende Fälle: a) der Appellat begründet sein Recht gegen die Ordination darin, daß der Appellant die Sache falsch vorgestellt habe, oder daß nach den Wirkungen der Appellation er die Rechtmäßigkeit des vorigen Ausspruchs durch neues Vorbringen darthun könne: hier müsse dieses Vorbringen zugelassen werden, welches er im ersten Falle durch Einreden der erschlichenen Ordination, im zweiten Falle durch Vorlage des Neuen erreiche, worüber dann besonders in letzterer Rücksicht Verhandlung unter den Partheien zugelassen werden müsse, wobei es sich von selbst verstehe, daß die Verhandlung und Entschädigung nur in der Appellationsinstanz erfolgen könne. b) Begründe aber der Appellat seine Rechte darin, daß nach des Appellanten Vorbringen die Ordination nicht hätte erlassen werden sollen, so könne er, da er doch mit seiner Rechtsvertheidigung in der Appellationsinstanz noch nicht gehört war, bei dem ordinirenden Richter seine Gründe vorbringen, und um Aufhebung der Ordination bitten, worauf dann, wenn dies ohne Erfolg geschehen, ihm die Rechtsmittel, wie gegen jedes andere Urtheil, zu Gebote stehen [1]).

Almendingen erkennt den zuletzt zu b) aufgestellten Grundsatz Gönners als richtig an; bemerkt dagegen zu dem ad a, daß er kein Distinctionsprinzip für diesen Unterschied entdecke, denn in beiden Fällen müsse, wenn man aus den Gönnerschen Prämissen consequent folgern wolle, die Einrede der Erschleichung den Appellaten, beim nämlichen

---

1) v. Gönner Handb. III. 60. §. 22. 23.

Richter schützen [1]. Allein das Dinstinctionsprinzip scheint mir Gönner deutlich ausgesprochen zu haben, indem es doch etwas ganz ist den Angriff darauf zu stützen, daß der Gegner durch falsches Vorbringen eine Entscheidung erschlichen, und etwas anders darauf, daß neue, dem Richter nicht bekannt gewesene Verhältnisse unberücksichtigt geblieben seyen; und hierauf beruht die Distinction.

Almendingen stellt dagegen selbst folgende Grundsätze auf:

1) Kann keiner der streitenden Theile zeigen, daß er ungehört verurtheilt worden, so bleibt ihm kein anderer Weg, als der der Appellation oder Restitution offen.

2) Kann dagegen der Appellant seinen Angriff gegen die Ordination auf den Beweis gründen, daß er über das faktische oder rechtliche im Beschwerdelibell enthaltene Vorbringen des Appellanten sich nicht habe vernehmen lassen, und daß die Voracten eine Vertheidigung dagegen nicht enthalten, oder kann er in seinem neuen factischen oder rechtlichen Vorbringen Vertheidigungsmittel darstellen, zu deren Gebrauche er nothwendig hätte müssen zugelassen werden; kann der Appellant zeigen, daß er über die vermeinte gegenseitige Verletzung des Appellaten, welche der Richter amtswegen gehoben hat, erst hätte vernommen werden müssen, so wird der Oberrichter einer Richtigkeitsbeschwerde rechtliches Gehör nicht versagen können. In diesem Falle wird die Ordination wieder aufzuheben, und der Weg der weitern Verhandlung einzuleiten seyn [2].

Geht man davon aus, daß die Relevanzbescheide und beziehungsweise Ordinationen ganz an die Stelle der Appellationserkenntnisse treten, so kann keine Frage darüber seyn, daß alle Rechtsmittel, welche gegen das feierliche Appella-

---

1) v. Almendingen Metaphysik S. 231.

2) v. Almendingen Metaphysik S. 218 — 220.

tionserkenntniß, wenn ein solches erlassen worden wäre, zulässig gewesen wären, also z. B. Revision oder Oberappellation, auch gegen jene Relevanzbescheide und Ordinationen statthaft seyn würden. Desgleichen auch Widereinsetzung in den vorigen Stand und Richtigkeitsbeschwerde, wenn die Voraussetzungen dafür vorhanden sind. Dagegen durfte weder durch die Einrede der Erschleichung, noch durch neues Vorbringen zu bewirken seyn, daß das Appellationsgericht, welches den reformirenden Relevanzbescheid oder die Ordination erließ, diese Entscheidung selbst wieder zurücknehme, und auf den Grund neuer Verhandlungen, neue Entscheidungen erließ. So wenig ein Appellationsrichter befugt ist, ein Appellationsurtheil selbst wieder aufzuheben, so wenig hat er diese Befugniß rücksichtlich der fraglichen Relevanzbescheide. Die gegentheiligen Theorien sind aus den, für den gemeinen deutschen Prozeß unanwendbaren Gebräuchen der höchsten Reichsgerichte in dieser Lehre, hervorgegangen, und beruhen auf einer Verkennung des bestimmten Characters der Relevanzbescheide im gemeinen deutschen Prozesse.

Auch in Bezug auf Remission der Sache sind Relevanzbescheide wie Appellationsurtheile zu behandeln. Wenn aber die Verfügung in der Form eines Ordinations rescripts erfolgt, dann ist damit auch immer die Remission der Sache verbunden [1]), und dieses ist gerade eine eigenthümliche Wirkung der Ordinationsrescripte [2]). Wegen dieser Wirkung allein wird auch in manchen Ländern die Rescriptsform bei reformatorischen Relevanzverfügungen dann angewendet, wenn man Remission für angemessen hält, und in andern Ländern, wo es dem Ermessen der höhern Gerichte überhaupt überlassen ist, nach erfolgter reformatorischer Ent-

---

1) Martin Civilproz. §. 291. Gönner Handb. III. S. 306.

2) Waldeck Controversen-Entscheidung des O. A. G. zu Wolfenbüttel. I. S. 310.

scheidung die Sache zu behalten oder an das iudicium a quo zu remittiren [1]), ist die Rescriptsform bei reformatorischen Relevanzdecreten ganz verschwunden, aber die Bezeichnung Ordination dennoch beibehalten.

§. 13.

Daß die Grundsätze, welche seither über die Appellation aufgestellt wurden auch da zur Anwendung zu bringen sind, wo der Fall einer s. g. Prinzipaladhäsion vorliegt, versteht sich deshalb von selbst, weil diese nichts anders, als eine selbstständige Appellation ist.

Aber auch rücksichtlich der accessorischen Adhäsion können manche jener Grundsätze Anwendung finden. Da die accessorische Adhäsion überall nur da wirksam vorkommen kann, wo die Appellation sowohl rücksichtlich der Fatalien als anderer Formalien an den Appellationsrichter erwachsen ist, so ist in Beziehung hierauf die Adhäsion nicht neben der Appellation Gegenstand besonderer Prüfung; sondern die Frage ist immer nur die: ob die Appellation devolvirt ist, weil dieses Vorbedingung der Zulässigkeit der accessor. Adhäsion ist. Da nun aber jede formell zulässige Adhäsion ein eigner neuer Angriff gegen den Appellanten ist, wodurch der Appellat Abänderungen des vorigen Urtheil zu seinem Vortheil erlangt, so muß dem Appellanten dagegen dieselbe Vertheidigung gestattet seyn, die einem Appellaten gegen einen Appellanten gebührt. Daraus folgt aber auch, daß unter denselben Voraussetzungen, unter welchen man auf einseitiges Vorbringen des Appellanten, ohne den Appellaten zu hören, Verfügungen in der Sache zu erlassen befugt ist, man auch auf einseitiges Anbringen des Adhärenten, ohne den Adhäsen zu hören, ähn-

1) Großh. Hess. Verord. vom 17. März 1797. Satz 16. wodurch die Bestimmung der O. A. G. O. von 1777. IV. §. 8. aufgehoben wurde.

liche Verfügungen erlassen kann. Nur von Abschlagung der Appellationsprozesse kann dem accessor. Adhärenten als solchem gegenüber natürlich keine Rede seyn, da die Adhäsion nur mit der Appellation steht und fällt. Daß aber, wenn die Appellationsprozesse blos wegen Unerheblichkeit der appellantischen Beschwerden abgeschlagen werden dürften, dieses nicht geschehen darf, wenn eine Adhäsion vorliegt oder zu erwarten steht, liegt in dem oben ausgeführten. In einem solchen Falle erfolgt die Erkennnng der Appellationsprozesse also nur im Interesse des Appellaten. Selbst wenn man von der Theorie ausgeht, daß die Befugniß zu adhäriren erst nach erkannten Appellationsprozessen eintrete, bleibt unsere Ansicht aufrecht stehen, weil, wenn eine begründete Adhäsion wahrscheinlich ist, der Apellationsrichter sie nicht deshalb dem Appellaten unmöglich machen darf, weil der Appellant ohne Grund appellirt hat, immer vorausgesetzt, daß die Appellation selbst devolvirt ist.

§. 14.

Es ist schon bemerkt worden, daß von ältester Zeit her, und selbst vor dem J. R. A. (1654) und also auch früher als die Reichsgerichte die Appellationsprozesse wegen Unerheblichkeit der Beschwerden abschlugen und rescripta de emendando erließen, dasselbe in den Territorien hergebracht war. Hier ist nunmehr der Ort nachzutragen, wie in neuerer Zeit der Gegenstand durch Gesetzgebung und Praxis in Deutschland behandelt ist.

Nach dem baierischen Judiciarcodex von 1753 XV. §. 7. war verordnet: „Soviel 7mo die Verantwortung des appellatischen Theils über die ihm communicirte Appellationsschrift belangt, soll er nur alsdann damit vernommen werden, wenn nicht gegen ein churfürstl. Justizdicasterium, sondern gegen ein anderes Untergericht appellirt wird, wobei auch iudex a quo sothane Verantwortung von

appellatischen Theil unter Anberaumung eines peremtorisch 30tägigen Termins, und zwar sub poena praeclusionis abzufordern, und solche sofort nebst seinem Bericht an den iudicem ad quem einzuschicken hat." Hiernach wird der Appellat mit einer Vernehmlassung nur dann gehört, wenn von einem Unterrichter, der kein Justizdicasterium ist, appellirt war; als Grund dafür, daß dann eine appellatische Vernehmlassung statt finde, führt Kreitmayr [1]) an: „weil solche Unterrichter ihren Bescheid nicht allzeit genug zu vertheidigen wissen."

In dem Gesetze vom 22. Juli 1819 war hierüber bestimmt worden: §. 25. „Ist die Appellation gegen die Abweisung der Klage [2]) ergriffen worden, so sind die Acten ohne weiteres an den höhern Richter einzusenden; dem Gegentheil wird hiervon Nachricht gegeben. In den übrigen Fällen, außer dem Concurse der Gläubiger, wird der Beschwerdenlibell dem Gegentheil mitgetheilt, und ein Tag zur Inrotulation der Acten angesetzt, zu welchem die Partheien vorzuladen sind. Die Zwischenzeit von der Mittheilung bis zu dem Inrotulationstermin soll 30 Tage betragen.

Bis zu diesem Termin oder in demselben kann der Appellat mit Ausnahme der Appellationen an die dritte Instanz, eine Nebenverantwortung übergeben, auch der Appellation adhäriren; diese Schrift wird dem Appellanten im Inrotulationstermin, wenn er dabei erscheint, außerdem aber besonders mitgetheilt, und er kann im Falle einer Adhäsion eine, jedoch hierauf beschränkte Nebenverantwortung in einer unerstreckbaren Frist von 30 Tagen einreichen, welche dann dem Appellaten zur Nachricht mitgetheilt wird.

Bei Concursen wird von der Appellation den dabei be-

1) Anmerk. zum Cod. iur. bav. iud. S. 513.

2) Gegen solche Decrete ist nach §. 19. num. 1. desselben Gesetzes Appellation zulässig.

theiligten Gläubigern Nachricht gegeben, welchen es überlassen bleibt, den Beschwerdenlibell einzusehen, und ihre Rechte durch die Adhäsion zu verfolgen. Im übrigen kommen die vorhergehenden Bestimmungen zur Anwendung." Hiernach ist

1) dem Appellaten Gelegenheit gegeben, mit Ausnahme bei Appellationen an die dritte Instanz, eine Nebenverantwortung zu übergeben;

2) Acteninrotulation, Nebenverantwortung und Adhäsion sind auf einen und denselben Termin verwiesen, und da nach §. 26. desselben Gesetzes der Inrotulationstermin nicht verlängert, und nach §. 5. desselben Gesetzes nicht verlegt werden kann, so ist nach diesem Gesetze auch eine Verlängerung des Termins zur Nebenverantwortung und Adhäsion unzulässig; was vor diesem Gesetz anders war [1]).

3) Nach der Gerichtsordnung vom J. 1753 XV. 9. n. 3. war die Adhäsion so lange zulässig, als der Appellationsspruch nicht erfolgt war. Nach der Novelle v. J. 1819 aber nur bis zum Inrotulationstermine, oder in demselben denn dieser Termin ist kraft des Gesetzes präklusiv.

4) Obwohl nach dem Judiciarcodex XV. 10. num. 1. jedem frei steht, sich der Appellation sowohl ausdrücklich, als stillschweigend zu begeben, so soll doch solches nach beschehener Introduction und übergebener Introductionsschrift, weder zu Präjudiz des Gegentheils noch anderer interessirter Theilen ohne ihrer Bewilligung mehr angehen." Seit der Novelle vom Jahr 1819 lehrt man nur: „Will der Appellant auf die Appellation nach Ablauf des Inrotulationstermins verzichten, und hat der Appellat nicht adhärirt, so beruht es bei dem geleisteten Verzichte; geschieht aber der Verzicht vor Ablauf jenes Termins, so muß der Appellat hiervon in Kenntniß gesetzt, und hiernach bis zu dem für die Inrotulation der Acten angesetzten Termin ab-

---

[1]) Gönner Jahrb. II. S. 205.

gewartet werden, ob nicht der Appellat bis zu diesem Termine oder in demselben adhärirt. Adhärirt er nicht, so hat es bei dem Verzichte des Appellanten sein Bewenden, adhärirt er, so wird auf ordnungsmäßige Weise verfahren [1]).

5) Ob nach dem Gesetz v. 1819 eine Nebenverantwortung dann zulässig ist, wenn ein Appellations**gericht** in **erster** Instanz gesprochen, und davon an das Oberappellationsgericht appellirt wurde? kann bestritten werden. **Gönner** bejaht die Frage, weil der Ausdruck „dritte Instanz" voraussetzte, daß zwei Urtheile vorhergegangen seyen [2]). Nach dem Judiciarcodex XV. 7. num. 7. wäre sie zu verneinen, weil ein Appellationsgericht ein Justiz**dicasterium** ist. Ist **Gönners** Ansicht die richtige, dann hatte die Novelle auch in diesem Punkte durch ihren §. 25. eine Bestimmung des Judiciarcodex abgeändert.

Durch den königl. **bair.** Ständeabschied v. 29. Dezemb. 1831 ist nun aber die Vorschrift der Prozeß-Novelle v. 1819 §. 25. zurückgenommen, und es soll insoweit bis zum Erscheinen der neuen Gerichtsordnung, lediglich bei der Gerichtsordnung (v. 1753) Cap. XIV. §. 3. bewenden. Da nun diese Stelle des Judiciarcodex blos von der Inrotulation der Acten „in Sachen von **großer Wichtigkeit**, aber vor endlicher Entscheidung, sowohl bei hohen als niedern Gerichten, **auf Begehren** (der streitenden Theile)" spricht; in dem §. 25. der Prozeßnovelle aber außer der Acteninrotulation noch über mehrere andere wichtige Gegenstände Bestimmungen, und zwar solche, welche Abänderungen des Judiciarcodex oder anderer Gesetze zur Folge haben, so entsteht nun vor allem die Frage: ob der Ständeabschied den ganzen §. 25. der Prozeßnovelle v. 1819 oder nur die Bestimmung über die darin angeordnete Inrotulation aufgehoben habe?

---

1) **Gönner** Comment. a. a. O. S. 385.

2) **Gönner** Comment. üb. d. Ges. v. 22. Juli 1819. S. 381.

und, was an diesem Orte uns zunächst interessirt, wie es denn seit dem erwähnten Ständeabschied mit der Nebenverantwortung des Appellaten zu halten ist, ob dafür ein Termin anzuberaumen ist, ob der Inrotulationstermin, der, was nicht zu übersehen ist, nur in wichtigen Sachen, vor der endlichen Entscheidung, auf Begehren der Partheien angeordnet wird, benutzt werden kann und darf; ob nach diesem Ständeabschied um jedenfalls die ältere Bestimmung des Judiciarcodex, daß bei keiner Appellation von einem Justizdicasterium der Appellat mit einer Nebenverantwortung zu hören ist, wieder unbestritten in Wirksamkeit auch dann tritt, wenn in erster Instanz bei einem Appellationsgerichte entschieden ist.

Wenn auch die meisten deutschen Prozeßgesetze von der Voraussetzung ausgehen, daß beim Daseyn der Formalien und Fatalien das vollständige Appellationsverfahren einzuleiten sey, so stellen doch auch sehr viele den Grundsatz ausdrücklich auf: daß wenn nach Eingang der Rechtfertigungsschrift sich herausstelle, daß es den Beschwerden durchaus an Erheblichkeit fehlt, auch die Appellationsprozesse wegen Ungrundes der Beschwerden abgeschlagen werden sollen [1]. Dagegen findet man seltener den Grundsatz in den Gesetzen ausgesprochen, daß offenbar erheblichen Beschwerden, ohne den Appellaten gehört zu haben, abgeholfen werden sollen [2].

1) Landgräfl. Hessische provisor. O. A. G. O. v. 5. Aug. 1804. §. 38. (Derselbe Grundsatz gilt bei der Richtigkeitsbeschwerde. Großh. Hess. Verordn. v. 8. März 1815 §. 8.) Gerichtsordnung für das O. A. G. der vier freien Städte Deutschlands §. 133. Weimar O. A. G. O. §. 64. Zerbster O. A. G. O. §. 35. seq. Anhalt. Erläuter. zur P. O. Tit. XVI. §. 4. Mecklenburg. O. A. G. O. v. 1818. §. 68. Würtemberg. provisor. Verord. v. 22. Septbr. 1819. §. 14 — 16. Bremer G. O. v. 1820 §. 516. Oldenburg Proz. Reglement v. 1824. §. 28. Braunschweig. O. A. G. O. v. 1835. §. 75.

2) Im Großherzogthum Hessen gilt der der Grundsatz auch bei der Richtigkeitsbeschwerde. Verord. v. 8. März 1815. §. 9.

Doch fehlt es nicht gänzlich an solchen Gesetzen. In Oldenburg ist bestimmt ausgesprochen: „erkennt das Obergericht aus den Acten den offenbaren Grund der appellantischen Beschwerde, so kann es, auch ohne den Appellaten zu hören, die Appellation annehmen, und den Bescheid des Untergerichts aufheben oder abändern. Ob hierbei die Form eines Relevanzbescheides oder eines Ordinationsrescripts zu wählen ist, hängt vom richterlichen Ermessen ab; doch muß auch das letztere beiden Theilen, so weit es ihre Rechte betrifft, mitgetheilt werden" [1]); und andere Gesetze, die gerade umgekehrt den Grundsatz aufstellen: „daß der Oberrichter nicht befugt sey, ein förmliches Erkenntniß eines Unterrichters auf die bloße Einführungsschrift und Inspection der Acten erster Instanz, ohne vorheriges Gehör des Appellaten, durch ein Decisivrescript oder einer Ordination abzuändern oder aufzuheben," lassen Ausnahmen zu: 1) wenn die Appellation blos einen Incidentpunkt betrifft, und die Erheblichkeit der Beschwerden klar am Tage liegt; 2) wenn damit blos Erläuterung eines unbestimmten und dunkeln Erkenntnisses gegeben wird [2]); 3) wenn die Competenz des Unterrich-

1) Oldenb. Proz. Reglem. §. 29.

2) Die Großh. Hessische O. A. G. O. v. 1777. III. 8. verfügt dagegen: „Haben aber die Formalien ihre Richtigkeit; so soll auch keine gehörig verfolgte Appellation vor der Hand zurückgewiesen, allenfalls aber, und wenn die gravamina offenbar unerheblich und keines weiteren Prozesses nöthig, so wie in iudicialibus schriftlich ex actis referirt, auch der Bescheid a quo durch das Abschlagsdecret nicht erläutert, vielweniger demselben ein überflüssiger Anhang beigefügt, sondern wann solches sich nicht von selbsten versteht, die Appellation angenommen und per Sententiam entschieden werden." Aber schon eine Verordnung v. 17. März 1797. §. 15. modifizirt jene Vorschrift dahin: daß die obige Bestimmung, vermöge deren kein Bescheid durch ein Abschlagsdecret erläutert, auch demselben kein Anhang beigefügt werden soll, in Zukunft lediglich auf solche Fälle einzuschränken sey, wo die Erläuterung, oder ein Anhang, ohne den Appellanten vorher gehört zu haben, nicht ertheilt werden könne.

ters in Zweifel gezogen ist, und seine Incompetenz in der Sache klar zu Tage liegt [1])." Desgleichen ist darüber überall weniger Zweifel: „daß der Oberrichter befugt ist, in Appellationssachen gegen bloße Decrete und richterliche, die Prozeßdirection betreffende Verfügungen sofort durch Decisivrescripte den gegründet befundenen Beschwerden des Appellanten abzuhelfen [2])."

§. 15.

Aus dem Früheren geht hervor, daß die Maxime durch Relevanzbescheide, auf einseitiges Vorbringen einer Parthei, ohne den Gegner zu hören, das unterrichterliche Urtheil zu bestätigen oder abzuändern, sich mehr durch den Gebrauch, als durch Gesetze entwickelt, und die Gesetzgebung nur immer bestimmter anerkannt, was sich dem Bedürfnisse gemäß ausgebildet hatte. Die Schriftsteller rechtfertigten, wie aus den angeführten Stellen hervorgeht, den Gerichtsgebrauch mit Gründen die aus der Natur der Sache, dem Zwecke des prozessualischen Verfahrens, und der zweckmäßigen Abkürzung [3]) desselben entnommen sind. Die Bedingungen und Voraussetzungen, unter welchen Relevanzbescheide und Ordinationen der fraglichen Art allein als zulässig dargestellt sind, beweisen zugleich, daß alle Einwendungen gegen die Maxime selbst auf falschen Unterstellungen beruhen. Wenn man nämlich sagt [4]):

a) daß dem Appellanten blos durch Ungeschicklichkeit seines Anwalts und die schlechte Darstellung der Sache in der Appellationsfrist ein großer Schaden zugehen könne, in-

1) Anhalt. Erläut. zur P. O. Tit. XVI. §. 8.

2) Anhalt. Erläuterung a. a. O. Schütz würtemb. Civilproz. S. 448. VII.

3) Thon die besten Mittel zur Verhütung und Abkürzung der Prozesse. Ilmenau 1825. S. 22. f.

4) Mittermaier d. gem. d. b. Prozeß. Beitr. 3. S. 69. f. (Ausg. 2.)

dem das Obergericht, welches nur den Appellationslibell kenne, die Sache nur darnach beurtheile und das Rechtsmittel verwerfe, während die Einsicht der Acten es von der Gerechtigkeit der Ansprüche überzeugt haben würde;

b) daß sich das Verfahren mit dem gegründeten Rechte des Appellaten auf Adhäsion nicht wohl vereinigen lasse, indem nicht selten ein Theil nicht appellire, weil er darauf rechne oder wisse, daß sein Gegner appellire, und die Gelegenheit erwarte, durch Adhäsion sich zu helfen, während durch Verwerfung der Appellation ihm unvermuthet die Möglichkeit abgeschnitten werde; daß

c) selbst den Gerichtshöfen durch das Verwerfungsrecht kein Vortheil zugehe, weil dadurch allmählig die alte Sitte der Reichsgerichte, Appellationsprozesse zu erkennen, in die Collegien komme, statt einer Relation in der nämlichen Sache zwei nothwendig würden, und die Fälle, daß der Referent die Appellation für begründet halte, während das Collegium die Unerheblichkeit der Beschwerden annehme, manchen Zeitverlust verursachen [1];

d) daß der Willkühr der Gerichtshöfe der größte Spielraum gelassen werde, und alle Gründe, welche gegen das Recht des Richters die Klage ohne weiteres Gehör zu verwerfen [2], auch hierher passen; und

e) daß dem Appellaten sehr viel an dieser Vertheidigung liegen könne, wenn man sich den leicht möglichen Fall denke, daß die Entscheidungsgründe des unterrichterlichen Urtheils schwach und so beschaffen seyn, daß der Appellat darin seine Hauptvertheidigung nicht suche, und daß nun der Appellant die Schwäche jener Entscheidungsgründe benutze, um seiner Appellation einen blendenden Anstrich zu geben, so daß der Appellat dadurch leicht in die Lage kommen könne den Pro-

---

1) Gönner Jahrb. d. Gesetzgeb. in Baiern II. S. 203.

2) Mittermaier im Arch. f. c. Prax. V. Abh. 14.

zeß zu verlieren, den er vielleicht, wenn er zur Vernehmlassung gelangt, gerettet hätte [1]); und endlich

f) daß der Appellat in jeder Instanz ein Recht habe, gehört zu werden, ehe etwas gegen ihn ausgesprochen werden könne, denn ein Urtheil ohne wechselseitiges Gehör könne nicht gedacht werden;

so sind alle diese Entgegnungen schon dadurch widerlegt, daß man bei den fraglichen Verfügungen davon ausgeht, daß Verhältnisse gerade im concreten Falle die Bedenklichkeiten nicht darbieten, aus deren möglichen Vorhandenseyn man die Unzulässigkeit der in Frage stehenden Maxime der richterlichen Thätigkeit allgemein beweisen will. Insbesondere wird:

zu a) regelmäßig vorausgesetzt, daß der Appellationsrichter die Acten einsieht, und auf die Möglichkeit hin, daß der Appellantische Anwalt durch Ungeschicklichkeit in der Appellationsrechtfertigung eine Rechtfertigung des angegriffenen Urtheils liefern könnte, kann doch das Appellationsverfahren nicht eingerichtet werden.

Zu b) wird gleichfalls nach der Theorie vorausgesetzt, daß da, wo Adhäsion denkbar ist, entweder Verhandlung eingeleitet, oder die Vortheile des Appellaten amtlich gewahrt werden müssen.

Zu c) muß die Erfahrung lehren, ob die fragliche Einrichtung die Gerichte erleichtert. Es läßt sich doch wohl annehmen, daß wenn das Gegentheil der Fall wäre, die Sache ohne alle andere Anregung bald verschwinden würde. Nach allen mitgetheilten Erfahrungen ist das Verfahren abgekürzt und sind dadurch die Gerichtshöfe erleichtert. Darum bilden auch in manchen Gerichtshöfen die Relevanzbescheide und Ordinationen die Regel; auf förmliche Verhandlung erfolgende Appellationsurtheile die Ausnahme [2]).

---

1) Gönner Comment. üb. d. k. baier. Gesetz v. 22. Juli 1819. S. 380.

2) Das ist z. B. im Großherzogthum Hessen und Königreich Hannover der Fall.

Zu d) bertachtet man die Voraussetzungen, unter denen die fraglichen Verfügungen allein als zulässig erklärt sind, so wird man von keiner Willkühr mit Grunde sprechen dürfen. Uebrigens ist Verwerfen einer Klage sehr verschieden von den hier zunächst in Frage stehenden Verfügungen, und nur zu bemerken, daß auch die Klage in vielen Fällen ohne den Gegner zu hören, abgewiesen werden muß. Durch die Appellation soll eine verhandelte und abgeurtheilte Sache zur Prüfung eines höhern Richters gebracht werden. Beide Theile sind schon vollständig gehört. Mit solcher Sachlage ist die erste Anstellung einer Klage gar nicht zu vergleichen.

Zu e) ist in dem, was oben über neue Rechtsausführungen bemerkt wurde, diesen Bedenklichkeiten vorgebeugt.

Zu f) ist als bewiesen vorausgesetzt, was Gegenstand der Untersuchung ist.

X.

Ueber den Einfluß der Zeit auf Antretung, Transmission und Ausschlagung des Erben.

Von
dem Herrn Professor Dr. von Buchholtz in Königsberg.

Ungeachtet eine sehr gewichtige Stimme sich gegen die Verdienstlichkeit solcher Untersuchungen ausgesprochen hat, welche auf das von Justinian selbst geschaffene Recht gerichtet sind, scheint es doch Andern, daß gerade hierauf gerichtete Untersuchungen zu viel wichtigern Resultaten führen können, als etwa solche, die auf Rechtsverhältnisse sich beziehen, deren Anwendung schon im Justinianeischen Rechte Antiquität war.

Es möge daher hier versucht werden, drei Verordnungen Justinians vornehmlich in ihrem Zusammenhange zu einander zu betrachten, da es scheint, als wenn gerade bisher die gegenseitige Einwirkung dieser Verordnungen auf einander noch nicht genügend erwogen ist. Alle drei Verordnungen, von welchen hier die Rede seyn soll, fallen der Zeit nach nicht weit auseinander. Die älteste, die c. 19. C. de iure deliberandi (6, 30) ist im Jahre 529, die c. 36. C. de inofficioso testamento (3, 28), von welcher uns hier nur der §. 2. interessirt, ist im Jahre 531, und die c. 22. C. de iure deliberandi (6, 30) endlich ist fast drei Monate später noch

in demselben Jahre erlassen. Diese letzte kündigt sich selbst durchaus als derogirend an. Justinian sagt in der Vorrede dieser sehr wichtigen Verordnung, er wisse sehr gut, daß er bereits zwei Gesetze erlassen habe, von denen das eine als unsere c. 19. charakterisirt wird, das andere aber, welches zugleich die Inhaltsangabe einer alten Verordnung Gordians enthielt, uns nicht mehr erhalten ist; diese Constitutionen wolle er jetzt in eine einzige zusammenfassen, dergestalt, daß diese, wie der Schlußparagraph dieser c. 22. sagt, alle vorkommenden Fälle enthält, und seinen für diese Gegenstände bereits erlassenen Gesetzen (sammt dem Inhalte der Verordnung Gordians) derogirt [1]). Auffallend könnte es demnach nur scheinen, daß Justinian die c. 19. dennoch in seinen Codex aufgenommen, während er seine andere Verordnung, auf welche in dieser c. 22. Bezug genommen wird [2]), auch wirklich aus der repetita praelectio Codicis [3]) weggelassen hat. Dieser scheinbare Widerspruch schwindet jedoch dadurch, daß Justinian im unten abgedruckten §. 15. den Ausdruck derogatum, nicht abrogatum, gebraucht, wornach also die c. 19. nur zum Theil, nicht gänzlich, für aufgehoben erklärt wird.

Diese Derogation der c. 19. durch c. 22. bezieht sich nach unserer Meinung durchaus nicht auf das einzig Wesentliche der c. 19., auf das Transmissionsrecht einer deferir-

---

1) c. 22. §. 15. Notissimum autem est, hac constitutione, quae omnes casus continet, nostris constitutionibus iam pro eisdem capitulis promulgatis esse derogatum, quarum altera etiam Gordianae constitutionis sensus continebatur. Quum enim ampliore tractatu habito melior exitus inventus sit, et tribus constitutionibus in unum congregatis unus appareat et in milites et in alios omnes iuris probabilis articulus, eapropter ex antiquioribus inquietari nostro subiectos imperio non patimur.

2) Auch im §. 5. J. de her. qual. 2, 19. wird der erwähnten Verordnung Gordians gedacht.

3) Giphanius Explanatio diffic. legum Codicis zur l. scimus C. 6, 30. p. 69.

ten Erbschaft, sondern nur auf die Zeit, binnen welcher das Antretungsrecht transmittirt werden kann. Allein diese Ansicht möchte einer Vertheidigung bedürfen. Denn schon seit der Glosse scheint eine andere Ansicht über die Bedeutung der c. 19, so wie über die Art und Weise, wie ihr durch c. 22. derogirt ist, herrschend geworden zu seyn [1]). Die Glosse nemlich bestimmt das Verhältniß der c. 19. zu c. 22. dahin. Nach jener daure die Transmission ohne Bitte um Deliberation ein Jahr; hieran habe die c. 22. nichts geändert, eben so wenig daran, daß, wenn diese Zeit ohne Erklärung des berufenen Erben abgelaufen, der designirte Erbe von der Erbschaft ausgeschlossen sey. Dagegen die Vorschrift der c. 19, daß, wenn die Deliberation erbeten sey, die Transmission ebenfalls ein Jahr dauere, sey zwar nach c. 22. noch für den Fall wahr, wenn die Deliberation vom Regenten erbeten, nicht aber, wenn die Deliberation von einem Richter nachgesucht sey. In beiden Fällen der gebetenen Deliberation gelte aber gegen c. 19 die Vorschrift, daß nach Ablauf dieser Frist der Unthätige als Erbe gelte.

Fragen wir nach den Gründen, worauf diese gewöhnliche Ansicht, daß der berufene Erbe stets von Rechtswegen, unerbeten, ein Jahr lang Frist zum Deliberiren habe, und daß er außerdem noch um eine zweite Deliberationsfrist den Regenten oder Richter bitten könne, beruht, so werden vorzüglich zwei Gründe hervorgehoben. Erstlich, die c. 19. soll die gesetzliche Deliberationsfrist eingeführt haben. Jedoch in dieser Verordnung wird nur für den Fall, daß der Erbe um keine Deliberation gebeten hat, zum Vortheil der Erben des Erben fingirt [2]), daß der Erbe ein Jahr lang zu deliberiren

1) Man vergl. z. B. Höpfner Commentar §. 548, und die daselbst in Note 6 angeführten Juristen, Mackeldey Lehrbuch §. 688, Glück Intestaterbfolge zweite Ausgabe §. 26. S. 90 ff.

2) So scheint es auch Hugo zu nehmen, welcher in seiner elften Ausg. der Rechtsgeschichte S. 1001 Z. 23 ff. sagt: „dann ward erst ein neuer Ueber-

berechtigt gewesen sey, und daß, wenn er in dieser Zeit sterbe, er die noch übrige Deliberationszeit auf seine Erben transmittiren dürfe [1]). Daß diese Fiktion allein zum Vortheil der Erben des Erben eingeführt war, übersah man, war aber der Meinung, daß ein gesetzlich zur Deliberation zustehendes Jahr dem Erben nur für den Fall zugestanden sey, wenn Substituten oder Intestaterben oder Erbschaftsgläubiger

---

gang, daß die hereditas transmittitur, auf die hereditas des zur hereditas Berufenen wegen der auch nur vorausgesetzten deliberatio eingeführt;" so spricht auch Thibaut in seinen Pandekten §. 873 von der „uneigentlich sogenannten Deliberationsfrist" in c. 19.

1) Der dispositive Inhalt von c. 19. ist folgender. „Wenn Jemand erfährt, eine Erbschaft sey ihm angefallen, und er stirbt innerhalb eines Jahres, nachdem er dies erfahren, so sollen seine Erben das Recht haben, bis zum Ablaufe dieses Jahres zu deliberiren, oder sich bis dahin Deliberation zu erbitten (hoc ius sc. petendae deliberationis [Meier Collegium iurid. Argentor. ad Dig. lib. 28. tit. 8.] ad suam successionem intra annale tempus extendat). „Wenn also der designirte Erbe nach Ablauf eines Jahres seit erfahrner Erbschaft stirbt, ohne sich erklärt zu haben, so können seine Erben eben so wenig noch zu dieser Erbschaft gelassen werden, als wenn der erste Erbe zwar vor Ablauf des Jahres stirbt, aber seine Erben dies Jahr ohne Erklärung verstreichen lassen. — Von einer Zeit, in welcher der erste Erbe antreten soll, spricht hier Justinian gar nicht. Ihm ist also sein bis dahin bestandenes Recht, zu jeder beliebigen Zeit anzutreten, durch c. 19. unverkürzt geblieben, was man auch ziemlich allgemein annimmt. Man vergl. die Glosse, welche freilich schon Dissentienten anführt, Hugolinus Dissensiones Dominorum §. 289. ed. Haenel, Coccejі Jus civile controv. 28, 8. qu. 1.; Geiger und Glück Merkwürdige Rechtsfälle Bd 3. S. 244, Schöman Handbuch Th. 2. S. 843—854; Froben in den Erläuterungen zu Thibauts Pandekten §. 873. — Für den überlebenden Ehegatten, wenn er nicht im Testamente des verstorbenen Gatten zur Erbschaft gerufen ist, blieb auch nach der c. 19. so wie selbst nach dem neuesten Justinianeischen Rechte, nur eine Frist von hundert dies utiles zur agnitio bonorum possessionis; und eine Transmission trat für diesen Fall gar nicht ein, da c. 19. dies Recht nur den heredes giebt. Heise in seinem Grundriß Buch V. §. 164. Note 7; Hugo a. a. O. S. oben S. 388 Note 2; Unterholzner Verjährung Bd. II. S. 49. f. Alle übrigen bonorum possessores sind ja durch Justinians neueste Verordnungen Civilerben geworden.

auf die Erklärung des Erben bringen [1]). Jedoch auf einen solchen Fall hat Justinian bei seiner in der c. 19 ausgesprochenen Sanktion gar nicht Rücksicht genommen, und so müssen wir in einem solchen Falle des Andringens von Interessenten es ganz bei dem alten Rechte lassen, wornach der designirte Erbe vollkommen unbeschränkt war, in welcher Zeit er antreten oder ausschlagen wollte, bis jene Personen ihn zur Entscheidung drängten. Alsdann aber, wenn dies auch erst etwa nach zwanzig Jahren seit erfahrnem Erbschaftanfalle geschah, so wurde jetzt erst dem Berufenen eine wenigstens hundert Tage lange Frist zur Deliberation vom Richter gegeben [2]).

Diese Ansicht, daß c. 19 keine gesetzliche Deliberationsfrist für den Erben eingeführt habe, könne aber darum schon nicht richtig seyn, behaupten die Vertheidiger jener Ansicht, weil zweitens die c. 22. im §. 11 ausdrücklich ein spatium ipso iure pro deliberatione heredibus concessum nennen. Diese Worte sind aber also zu interpreten. Der Erbe, dem eine Deliberationsfrist gegeben war, konnte, so lange diese dauerte, von den Interessenten nicht um eine entscheidende Er-

1) Höpfner Commentar §. 548 Nro. 2.

2) So auch Wening Lehrbuch B. V. §. 164. Die Zeit vorher darf man gar nicht mit dem Namen deliberatio belegen. Meier Colleg. iurid. Argentor. 28, 8. Qui iure deliberandi uti velit, petere id a magistratu debet, vel etiam ab Imperatore; Mühlenbruch im Archiv Bd. 2 S. 389. A. M. ist Hofacker Principia §. 1451. welcher von einem dreißigjährigen ius deliberandi spricht.

3) c. 22. §. 11. Donec tamen inventarium conscribitur, vel si res praesto sint, intra tres menses, vel si abfuerint, intra annuale spatium secundum anteriorem distinctionem, nulla erit licentia neque creditoribus, neque legatariis vel fideicommissariis eos vel inquietare, vel ad iudicium vocare, vel res hereditarias quasi ex hypothecarum auctoritate vindicare, sed sit hoc spatium ipso iure pro deliberatione heredibus concessum, nullo scilicet ex hoc intervallo creditoribus hereditariis circa temporalem praescriptionem praeiudicio generando.

klärung gedrängt, noch weniger etwa, als sey er schon Erbe, belangt werden. Diesen Vortheil, welchen die erbetene Deliberation gewährte [1], will nun Justinian auch ungebeten dem Erben geben, welcher, dem Befehle Justinians gehorsam, eine Deliberation sich zu erbitten für überflüssig erklärt, die Erbschaft antritt, und ein vorschriftsmäßiges Inventar errichtet. So lange daher der Erbe, sagt Justinian, an dem Inventar arbeite, so lange soll er dem Gesetze nach angesehen werden, als habe er eine solche Zeit zum Deliberiren bekommen [2], und dürfe daher während der Inventur weder von den Interessenten um eine Erklärung gedrängt [3], noch von den Erbschaftsgläubigern belangt werden [4]. Auf solche Weise waren die Benefizial-Erben auch für die durch c. 22. bewirkte bedeutende Verkürzung der Zeit, binnen welcher sie sich über Antritt oder Ausschlagung der Erbschaft erklären durften, einigermaßen entschädigt. Aber nicht genug, daß c. 22 jener verlangten gesetzlichen Deliberation nicht ausdrücklich das Wort redet, sollte auch bis auf diese Verordnung hin eine solche gesetzliche Deliberation existirt haben [5], so möchte man doch nach den Schmähungen Justinians auf die Deliberation

1) Aber nicht bloß nur diesen allein von mehreren Vortheilen, welche das Deliberiren gewährt; vergl. darüber z. B. fr. 5. de iure delib. 28, 8.

2) Wir erklären diese Zeit deshalb noch gar nicht für eine ipso iure zustehende Deliberationsfrist, sondern diese Zeit, die mit der Errichtung des Inventars zusammenfällt, ist pro deliberatione d. h. ἀντὶ (wie nach Brissonius v. pro §. ult. diese Partikel in fr. 62. §. 1. de her. inst. 28, 5. gebraucht wird) an die Stelle der dem Kaiser so gehässigen Deliberation mit ihren Folgen getreten. Deliberiren konnte ja auch übrigens nur der Erbe, so lange er noch nicht angetreten. Der Inventarisirende war aber bereits in der Regel Erbe.

3) Inquietari, in dem seltnern Falle, daß der designirte Erbe das Inventar vor seinem Erbschaftsantritte anfieng.

4) In iudicium vocari, im Falle, daß der Inventirende bereits die Erbschaft angetreten hatte.

5) Was wir aber durchaus leugnen müssen.

im principio und im §. 13. dieser Verordnung durchaus nicht annehmen können, daß Justinian die Existenz einer doppelten Deliberation hätte gestatten wollen, da er sogar die unbestritten vorhandene erbetene beschränkte. Nicht minder steht auch jener Annahme die in c. 22. §. 1. auf drei Monate reducirte Zeit zur Erklärung über den Antritt oder die Ausschlagung der Erbschaft entgegen [1]).

Nach dieser vorausgeschickten Einleitung gehn wir nun zu der unmittelbaren Darstellung der in der Ueberschrift dieser Abhandlung bezeichneten Verhältnisse über.

Setzen wir daher zuerst folgenden unter den sechs möglichen Fällen.

---

1) Mühlenbruch, der sich in Note 18. zum §. 695. seiner Pandekten ebenfalls gegen die Annahme einer doppelten Deliberationsfrist erklärt, (wie es auch Schweppe in seinem Röm. Privarecht §. 840. Note 6. thut), bemerkt, daß die c. 19. aus doppelter Rücksicht in den Codex troz der c. 22. von Justinian aufgenommen sey, theils weil sie noch anwendbar sey (was wir für die einzige Ursache halten), theils weil ohne sie eine vollständige Interpretation der c. 22. unmöglich sey. Denn sowohl die Worte im §. 11. spatium ipso iure pro deliberatione heredibus concessum, als die Worte im §. 13. quatenus liceat annale tempus tergiversari ließen nur aus der c. 19. eine genügende Erklärung zu. Jene Worte glauben wir genügend ohne besondere Rücksicht auf c. 19. bereits erläutert zu haben; und was den §. 13. betrifft, so führt Justinian in ihm die Vorschläge von einigen Quidam an, von denen er es dahin gestellt seyn läßt, ob sie aus Furchtsamkeit oder aus Pfiffigkeit hervorgegangen sind, und die darin bestehen, daß ihnen das Recht der Bitte um Deliberation erhalten werden möge, daß ihnen zur Deliberation ein Jahr bewilligt, und daß ihnen mehr als einmal eine solche Frist zugestanden werden möge. Diese Vorschläge bestätigt nun Justinian theilweise, zum Theil verwirft er sie. Somit scheint die Annahme, das in den Vorschlägen genannte Jahr sey der c. 19. entlehnt, nicht nothwendig. Dagegen möchte wohl aus dieser Stelle und aus c. 19. wahrscheinlich werden, daß schon vor diesen Verordnungen eine Jahresfrist zur Deliberation zu gewähren üblich gewesen sey, wahrscheinlich als Nachbildung der im successorium edictum gegebenen Frist für die agnitio bonorum possessionis der Eltern und Kinder des Verstorbenen. Westphal von Vorlegung und Eröffnung der Testamente S. 174; Glück Intestaterbfolge §. 26. S. 94. Note 1. S. unten.

I. Jemand ist zur Erbschaft gerufen, und er thut gar Nichts in Beziehung auf den Antritt oder die Repudiation der Erbschaft.

Stirbt nun ein solcher designirter Erbe innerhalb der nächsten drei Monate nach erfahrner Delation des Erbrechts, so kann er dasselbe auf seine Erben transmittiren. Denn die c. 19. C. 6, 30. giebt ja das Transmissionsrecht nicht blos, wenn der berufene Erbe Deliberation nachgesucht hat, sondern auch, wenn er dies nicht gethan, jedoch nicht geradezu die Erbschaft repudiirt hatte [1]). Auch stand ja bis zum letzten Momente der drei Monate [2]) nach dem erfahrnen Anfalle der Erbschaft dem ersten Erben frei, sich Delibera-

1) Sancimus, si quis . . . non tamen successioni renuntiaverit . . . nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducat, praedictum arbitrium in successionem suam transmittat.

2) c. 22. §. 1. Similique modo, si non titubante animo respuendam vel abstinendam esse crediderit hereditatem, et apertissime intra trium mensium spatium, ex quo ei cognitum fuerit, scriptum se esse vel vocatum heredem, ei renuntiet nullo nec inventario faciendo, nec alio circuitu exspectando: sit alienus ab huiusmodi hereditate; sive onerosa sive lucrosa sit. Sind diese drei Monate ganz allgemein zu 30 (Eustathius nach der Ausgabe von Zachariä Heidelberg 1836. Cap. 14 §. 7.) oder zu 31 Tagen (c. ult. C. 7, 63), oder als Kalendermonate von Datum zu Datum (c. 2. Th. C. 12, 1) zu berechnen? Gegen die erste Ansicht möchte man sich deshalb entscheiden, weil im nächstfolgenden Paragraphen bei der Aufnahme des Inventars 30 und 60 Tage, nicht ein und zwei Monate genannt werden, zum deutlichen Beweise, daß diese Monatsrechnung wenigstens nicht mit einer Zählung, welche den Monat zu dreißig Tagen annimmt, zusammenfällt. Allein vergleicht man den Inhalt des §. 2 mit dem §. 11, wo der im §. 2 als 90 Tage berechnete Zeitraum geradezu als eine Zeit von dreien Monaten genannt wird, so muß man zu der Ueberzeugung gelangen, daß die im §. 2 genannten 30 und 60 Tage nicht einen Gegensatz gegen die im §. 1 genannten drei Monate, sondern nur eine anders gewählte Ausdrucksweise für dieselbe Zeit bezeichnen. Außerdem spricht gegen die Kalendermonate, daß bei deren Zählung in der Regel 92 Tage herauskommen, und es Justinian daran lag, diesen Zeitraum der Ungewißheit, wofür der berufene Erbe sich entscheiden werde, abzukürzen.

tion vom Regenten oder von einem Richter zu erbitten, und dies Recht muß er nach c. 19. ebenfalls auf seine Erben transmittiren. Natürlich aber kann er nicht mehr Rechte, als er selbst noch hatte, auf seine Erben transmittiren [1]. Daher müssen wir zwei Fälle unterscheiden

1) der Erbe stirbt im Laufe der ersten 30 Tage nach erfahrener Erbschaft. Liegen nun alle oder die meisten Erbschaftssachen nicht entfernt von dem Orte, wo er lebte, so hat der Erbe des Erben noch soviel Tage Zeit, als sein Erblasser gehabt, um ein Inventar zu beginnen [2]. Hat der Erbe des Erben nicht gleich den Anfall der Erbschaft erfahren, so wird die Zeit zwischen dem Tode seines Erblassers (des ersten Erben) und der erfahrenen Delation der Erbschaft ihm nicht in diese Frist von dreißig Tagen eingerechnet. Ja! sollte er den Anfall der ersten Erbschaft an seinen Erblasser später als den Anfall der letztern an sich selbst erfahren, so läuft die Transmissionszeit, so wie die zur Errichtung des Inventars ihm bestimmte Zeit erst von dem Momente, daß ihm die Kunde wird, seinem Erblasser sey eine Erbschaft zugefallen, über deren Antretung oder Ausschlagung er sich nicht entschied. Läßt der Erbe des Erben diese wenigen Tage unbenutzt hinschwinden, so sind die Wohlthaten des Inventars für ihn verloren. Liegen dagegen alle oder die meisten Erbschaftssachen nicht an dem Orte, wo der erste Erbe beim erfahrnen Tode seines Erblassers sich aufhält [3], so steht auch

1) fr. 120. D. 50, 17. Nemo plus commodi heredi suo relinquit, quam ipse habuit.

2) Promtuarium iuris Bertochianum ed. Hommel. v. inventarium §. 18. heredis heres ad inventarium (vel iuratam specificationem) tenetur. Lauterbach Disp. de beneficio inventarii §. IX. Nro. 4: heres heredis quin a defuncto inchoatum perficere., vel etiam de novo repertorium inchoare possit, nulli dubitamus.

3) Die Bezeichnungen im §. 3. (Sin autem a locis, in quibus res hereditariae vel maxima pars earum posita est, heredes abesse contigerit, tunc eis unius anni spatium a morte testatoris numerandum

dem Erben des Erben noch das Recht zu, später, jedoch innerhalb dreier Monate nach erfahrner Delation mit der Errichtung des Inventars zu beginnen, wenn er nur binnen eines Jahres, continue vom Tode des ersten Erblassers an gerechnet, das Inventar vollendet hat).

2) Der Erbe stirbt zwar innerhalb dreier Monate nach erfahrner Erbschaft, aber doch nachdem er schon länger als dreißig Tage den Anfall der Erbschaft gekannt hat. In die-

damus ad huiusmodi inventarii consummationem; sufficit enim praefatum tempus, etsi longissimis spatiis distant) und im §. 11. (Donec tamen inventarium conscribitur, vel si res praesto sint, intra tres menses, vel si abfuerint intra annale spatium secundum anteriorem distinctionem) gehn wohl eigentlich nur auf Vermögensstücke des Erblassers, welche Objekte seines Eigenthums oder seiner iura in re waren (Hugo in seinem civilistischen Magazin Bd. 4. Nr. 1, Bd. 5. Nr. 15, Bd. 6. Nr. 15); allein da zur Errichtung eines vollständigen Inventars eben so gut auch die obligationes und actiones gehören, so ist aus grammatischen Gründen mit Unrecht, aus logischen Gründen aber wohl mit Recht durch Usualinterpretation angenommen, daß bei ausstehenden Forderungen, die man in andern Ländern einziehn müsse, mögen sie dort bereits etwa gerichtlich anhängig gemacht seyn, oder nicht, dem Erben ebenfalls ein Jahr zur Anfertigung des Inventars zustehe. Albrecht Entscheidungen merkwürdiger Rechtsfälle Bd. 3. Nr. 123 §. 4. §. 5. Daß aber, wie LAUTERBACH Disp. de inventario hereditatis § XIII. Nr. 9. mit Mehreren meint, noch eine neue Befristung, wenn der Erbe ohne seine Schuld nicht zeitig fertig werde, gegeben werden könne, ist durchaus gegen die oben angeführten Worte des §. 3: sufficit praefatum tempus, etsi longissimis spatiis distant.

1) Die Glosse will hier nach Analogie des andern Falles — binnen eines Monats Anfang, binnen zweier neuer Monate Vollendung des Inventars — vier Monate Zeit geben, binnen welcher das Inventar angefangen werden müsse, und andere acht Monate zu dessen Vollendung. Da jedoch das Gesetz nicht diese Unterscheidung angibt, so könnte man wohl den Anfang der Arbeit ganz der Willkühr des berufenen Erben überlassen, wenn nicht Folgendes entgegenstünde. Der designirte Erbe, der binnen dreier Monate weder angetreten, noch um Deliberation gebeten, noch ein Inventar begonnen hat, soll, wie gleich gezeigt werden wird, als alienus ab hereditate gelten, kann also nach dem Ablaufe von drei Monaten nicht mehr zur Inventur zugelassen werden.

sem Falle darf, wenn alle oder die meisten Erbschaftssachen nicht entfernt von dem Orte sich befinden, wo er lebte, sein Erbe gar nicht mehr die Wohlthat des Inventars in Anspruch nehmen, wohl aber noch, wenn alle oder die meisten Erbschaftssachen entfernt von dem Orte lagen, wo der Erbe sich aufhielt.

Dagegen können wir in beiden Fällen das Recht des Erben nicht bezweifeln, innerhalb der drei vom erfahrenen Anfall der Erbschaft zu rechnenden drei Monate eine Deliberation sich zu erbitten, oder beherzt anzutreten, oder offen auszuschlagen [1]), freilich auch sich ganz passiv zu verhalten. Denn Alles dieses steht ja dem ersten Erben innerhalb dreier Monate zu, und der Transmissar soll ja gerade ganz in die Rechte seines Transmittenten einrücken.

Ueberlebt nun der designirte Erbe die drei Monate in voller Unthätigkeit, so gilt er als alienus ab hereditate, als apertissime renuntians [2]). Der Beweis dieser Behauptung liegt in den letzten Worten des unten angeführten §. 1. der c. 22. C. 6, 30. [3]), wenn man die Worte nur richtig, wie es hier geschehen ist, interpungirt. Aber in allen Ausgaben des Corpus iuris, oder wo sonst diese Stelle abgedruckt ist, wird das Kolon, welches erst vor den Worten sit alienus

1) Ueber die Folgen s. unten Nro. III., V. und VI.

2) Ueber die entgegenstehende Ansicht von Marezoll im Archiv für civilistische Praxis Bd. 8. S. 270. und Mühlenbruch Pandekten §. 695 Nro. 1. s. unten Nr. VI.

3) c. 22. §. 1. Si non titubante animo respuendam vel abstinendam esse crediderit hereditatem, et apertissime intra trium mensium spatium, ex quo ei cognitum fuerit, scriptum se esse vel vocatum heredem, ei renuntiet nullo nec inventario faciendo, nec alio circuitu exspectando: sit alienus ab huiusmodi hereditate, sive onerosa, sive lucrosa sit. Azo in seiner Summa Codicis ad h. t. lib. 6. tit. 31. versteht diese Stelle wohl unrichtig von einem Erben, welcher in der Zeit von drei Monaten dicebat se repudiaturum vel abstenturum, non tamen abstinebat aut repudiabat, denn es heißt ja ausdrücklich: ei renuntiet.

stehn sollte, schon vor die Worte nullo nec inventario faciendo nec alio circuitu espectando gesetzt, und diese also mit den letzten Worten des Nachsatzes verbunden, ohne daß sie in dieser Verbindung einen Sinn geben. Es soll nemlich Derjenige, welcher die Erbschaft ganz offenbar ausschlägt, so verordnet Justinian, in gar keiner Beziehung zu der Erbschaft weiter stehn. Dies ist vollkommen verständlich. Was soll nun aber jener Zusatz, der sich etwa so dem Sinne nach wiedergeben läßt: so daß weder ein Inventar zu errichten, noch irgend ein anderer Umstand zu erwarten ist? Daß der Repudiirende kein Inventar errichten, und keine Umstände weiter erwarten darf, versteht sich von selbst, da er einmal für alienus ab hereditate erklärt wird. Daß aber überhaupt nun kein Inventar mehr, entweder von dem Testamentserben, der als Substitut, oder dem Intestaterben, der etwa graduum successione heranrückt, gemacht werden dürfe, soll doch sicher nicht gemeint seyn. Daher müssen wohl die Worte nullo bis exspectando zum Vordersatze gehören, und eine Erklärung des Ausdrucks apertissime renuntiare enthalten, so daß Derjenige, der kein Inventar errichtet, nec alium circuitum exspectat, schon als apertissime renuntians betrachtet werden muß. Die Worte: nec alio circuitu exspectando aber scheinen zu bedeuten: ohne sich Deliberation zu erbitten. Exspectare nemlich bedeutet soviel als exoptare, verlangen, wünschen [1]; circuitus bedeutet die Umschweife [2], die Weitläuftigkeit, den Umweg im Gegensatz der kurz vorher genannten recta via, die callida machinatio, die tergiversatio, wie im §. 13. dieser Verordnung Justinian die Deliberation nennt. Darum erscheint nun aber diese mögliche Bedeutung der Worte be-

---

1) Nach Brissonius de V. S. v. exspectare §. 4.

2) Die Basiliken lib. 35. tit. 18. übersetzen diese Worte mit περιόδου σκοπουμένης. So tadelt Justinian in Novelle 1. Cap. 1. §. 1. Τὰς τοῦ πηγασιανίου περιόδους; und in c. 8. C. 6., 61. hebt er einen inextricabilem circuitum des alten Rechts gänzlich auf.

sonders plausibel, weil dadurch für die Praxis ein sehr günstiges, mögliche Beweise und Gegenbeweise abschneidendes Resultat erlangt wird, nemlich folgendes. Es bedarf nun keines weitern Beweises, Jemanden für einen apertissime repudians hereditatem zu erklären, als den: er habe innerhalb dreier Monate weder angetreten, noch um Deliberation gebeten, noch ein Inventar errichtet, so daß also der zur Erbschaft Berufene, bei welchem diese negativen Momente zusammentreffen, gar nicht wenigstens nach Justinians Ansicht, als dubius gelten konnte, utrum admittenda sit nec ne hereditas. Denn auch im §. 2. hat Justinian vom dubius verlangt, er solle antreten, und binnen dreißig Tagen nach erfahrner Delation mit der Errichtung eines Inventars beginnen. Fehlt es also an diesen Momenten, so gilt der nach Ablauf dreier Monate unthätig Verstorbene als apertissime renuntians [1]). Ist dies aber der Fall, so kann von einer Transmission des Erbrechts, da es für ausgeschlagen gilt, nicht weiter die Rede seyn. Diese Ansicht widerspricht auch nicht der Sanktion der c. 19, welche nur in dem Falle die Transmission gestattet, wenn der Berufene deliberationem meruerit, vel si hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renuntiaverit, ut ex hac causa deliberare videatur. Denn wenn bisher bewiesen ist, daß nach Justinians Vorschrift in c. 22. §. 1. der als repudians gilt, der weder um Deliberation gebeten, noch ein Inventar errichtet, noch angetreten hat, so kann in diesem Falle schon nach c. 19. keine Transmission stattfinden. Möglicherweise kann aber, wenn der erste Erbe im Auftrage des Staats abwesend war, und diese drei Monate versäumt hat, noch seinen Erben eine in inte-

1) Unterholzner Verjährungslehre Bd. 2. S. 52. meint, der Ablauf der drei Monate bewirke bloß, daß Demjenigen, der sich späterhin für die Annahme der Erbschaft erklärt, das beneficium inventarii nicht mehr zu Gute kommen dürfe. Wir leugnen die Möglichkeit einer spätern Annahme. S. unten Nro. VI.

grum restitutio ex persona defuncti bewilligt werden [1]), und eben so muß auch die Transmission noch nach dem Ablaufe dieser drei Monate verstattet werden, wenn der designirte Erbe aus dem Grunde nicht antreten konnte, weil die contra tabulas bonorum possessio eines postumus oder eines unmündigen Sohnes des Verstorbenen im Wege gestanden hatte [2]). In diesem letzten Falle kann auch der designirte Erbe selbst noch nach dem Ablaufe von drei Monaten die Erbschaft antreten.

Der hier ausgesprochenen Regel, daß der unthätige Erbe nach dem Verlaufe von drei Monaten angesehen wird, als habe er die Erbschaft repudiirt, dieser Regel wird derogirt für den in c. 36. §. 2. C. 3, 28. entschiedenen Fall. Hier verordnet Justinian: wenn Jemand in einem Testamente zur Erbschaft gerufen ist, und man von einem Notherben die Anstellung der inofficiosi querela erwartet, so soll diesem Testamentserben, wenn er mit dem Notherben in derselben Provinz lebt, eine Zeit von sechs Monaten, wenn beide in verschiedenen Provinzen leben [3]), eine Jahresfrist vom Todestage an gerechnet, gegeben werden, um sich über den Antritt oder die Ausschlagung der Erbschaft zu entscheiden. Läßt der Testamentserbe diese Zeit verstreichen, so soll er zum Antritt gezwungen werden [4]). In dieser Stelle wird

---

1) c. 1. C. de restit. mil. 2, 51.

2) Buchholtz Juristische Abhandlungen. Königsberg 1833. S. 93. Auf diese Fälle deutet auch Perez hin in seinen Praelectiones ad duodecim libros Codicis zu lib. 6. tit. 30. §. 6. I.

3) Man kann diese Verordnung als Vorläuferin der wenige Monate spätern Verordnungen, c. un. C. 7. 31. und c. 12. C. 7, 33. welche denselben Unterschied bei der Ersitzung berücksichtigen, ansehn.

4) c. 36. §. 2. Sancimus itaque, ubi testator decesserit alio scripto herede, et speratur de inofficioso querela, necessitatem habere scriptum heredem, siquidem praesto est, in eadem commanens provincia, intra sex mensium spatium, sin autem seorsum utraque pars in diversis provinciis degit, tunc intra annale tantummodo

nicht ein Wort davon gesagt, daß, wenn der eingesetzte Erbe während dieser sechs oder zwölf Monate stirbt, er sein ius deliberandi auf seine Erben transmittire. Allein wir müssen das Vorhandenseyn des Transmissionsrechtes in diesem Falle ausdrücklich behaupten, da diese Verordnung, welche zwei Jahr jünger ist als die c. 19, es nicht ausdrücklich ausschließt; müssen aber die Ausübung des Transmissionsrechts indirect auf die hier genannten Zeitfristen beschränken. Nehmen wir also an, ein Testamentserbe, welcher die inofficiosi querela von einem in derselben Provinz mit ihm lebenden Notherben erwartet, stirbt im sechsten Monate nach dem Tode des Erblassers, so hat sein Erbe nur noch Zeit im Laufe dieses Monats auszuschlagen; widrigenfalls er, verhält er sich ruhig, zum Antritte gezwungen wird. Diese fehlenden Tage werden dem Erben des Erben nicht etwa erst von dem Augenblicke an gerechnet, daß er den Anfall der Erbschaft erfahren, sondern weil die hier aufgestellte Zeitfrist ausdrücklich dem Gesetze nach als ein tempus ratione initii continuum bezeichnet wird, so wird sie auch es ratione cursus seyn [1]). War jener Testamentserbe erst nach Ablauf des sechsten Monats gestorben, also zu einer Zeit bereits, da ihn die Obrigkeit zur Antretung der Erbschaft zwingen konnte, so wird auf seine Erben in derselben Art transmittirt, so daß der Erbe, sobald er die zweite Erbschaft angetreten hat, auch zum Antritt der ersten Erbschaft gezwungen werden kann; jedoch nur, wenn der erste Erbe noch innerhalb eines Jahres

---

spatium, simili modo per continuum a morte testatoris numerandum, omnimodo adire huiusmodi hereditatem vel manifestare suam sententiam, quod hereditatem minime admittat; expeditus enim ita tractatus inducitur filio memoratam movere querelam. Sin vero scriptus heres intra statuta tempora minime adierit, per officium quidem iudicis heredem scriptum compelli hoc facere.

1) Haubold Exercitatio iur. civ. de temporis continui et utilis computatione cap. 2. in seinen Opuscula T. I. p. 400.

nach dem erfahrnen Anfalle der Erbschaft gestorben ist. Denn über diese Zeit hinaus reicht das Transmissionsrecht niemals. Aehnlich ist es bei dem abwesenden Erben, welcher, nachdem zwölf Monate seit dem Tode seines Erblassers abgelaufen sind, stirbt. Der Erbe dieses Erben kann nur noch in einer so kurzen Zeit zum Antritt der seinem Erblasser zugefallenen Erbschaft gezwungen werden, als der Zeitverlauf zwischen dem Tode des ersten Testators und dem erfahrnen Anfall seiner Erbschaft beträgt; später nicht. Denn wenn gleich der eingesetzte Erbe selbst noch später gezwungen werden konnte, wenn er lebte, so war er doch noch nicht gezwungen, also die Erbschaft ihm noch nicht erworben, und daher noch nicht von einem nothwendigen Uebergange einer erworbenen Erbschaft die Rede. Die Modification, welche also c. 36. §. 2, als specielles Gesetz, in Bezug auf das durch c. 19. allgemein verordnete Transmissionsrecht angeführt hatte, besteht darin. Auch im Falle der c. 36. findet Transmission Statt, aber mit voller Willkühr des Antritts oder Ausschlagens nur innerhalb sechs oder zwölf Monaten vom Augenblick des Todes des Testators an gerechnet, in der Folgezeit bis zum Ablaufe eines Jahres vom Augenblick des erfahrnen Anfalls der testamentarischen Erbschaft an gerechnet, kann der Erbe des Erben ex iure transmissionis zum Erbschaftsantritte gezwungen werden. Er darf in dieser Zeit nicht mehr ausschlagen. In dem Falle der c. 36. kann von einem Bitten um Deliberation wenigstens über die Dauer der sechs oder resp. zwölf Monate gar nicht die Rede seyn [1]. Wird der erste oder zweite Erbe gezwungen die Erbschaft anzutreten, und bleibt er trotz der inofficiosi querela Erbe, so muß er, weil er kein Inventar errichtet, für die Erbschaftsschulden in solidum aufkommen; gegen die

---

1) Auch wird sicher diese Bitte nicht vorkommen, weil ihre Gewährung gar keine Vortheile, sondern möglicher Weise nur Nachtheile mit sich führen kann.

Vermächtnißnehmer aber hat er die Wohlthat der lex Falcidia auch nicht mehr [1]), wie dies im Augenblick der erlassenen c. 36. der Fall war.

II. Setzen wir den Fall, Jemand ist zur Erbschaft gerufen, und er errichtet ein Inventar; und zwar

A) er hält sich da auf, wo alle oder die meisten zur Erbschaft gehörigen Sachen sich befinden. Er beginnt nun binnen dreißig [2]) Tagen nach dem erfahrenen Anfalle der Erbschaft selbst, nicht durch einen Prokurator [3]), mit Zuziehung von wenigstens zweien Notarien [4]), und den nöthigen

---

1) c. 22. §. 14. C. 6, 30; Novella 1. cap. 2. §. 2.

2) Cujacius zu unserer c. 22. erklärt zwar nach Bartolus und Paulus de Castro es für überflüssig, daß dieser Anfangstermin beobachtet werde, wenn das Inventar nur binnen dreier Monate vollendet sey. Dieser Ansicht stimmen auch Lauterbach Disp. de inventario hereditatis §. XIII. Nro. 9. Brunnemann zur c. 22. mit mehreren daselbst citirten Juristen bei, allein aus dem Grunde, weil es im §. 11. der c. 22. heißt: donec tamen inventarium conscribitur, vel si res praesto sint, intra tres menses etc. Aber die ausdrückliche genauere Bestimmung des §. 2. (ut intra triginta dies post apertas tabulas vel postquam ei nota fuerit apertura tabularum, vel delatam sibi ab intestato hereditatem cognoverit, numerandos, exordium capiat inventarium super his rebus, quas defunctus mortis tempore habebat; et hoc inventarium intra alios sexaginta dies modis omnibus impleatur) ist dagegen, weshalb auch Huber Praelect. in Inst. 2, 19. §. 4. jene Ansicht von Cujacius zwar zweckmäßig, aber nicht gesetzmäßig nennt.

3) c. 22. §. 2. omni tamen modo inventarium ab ipso conficiatur. Daß das Inventar von einer öffentlichen Person aufgesetzt werde, was unter Andern Hartitzsch Erbrecht §. 209. will, ist nicht Römisches, sondern Sächsisches Recht.

4) Ungeachtet die Glosse, und bedeutende Namen unter den neuern Juristen, z. B. Perez, Boetius, Brunnemann, Thibaut, Vallett, einen einzigen Notar für genügend erklären, so sind doch die gesetzlichen Worte ausdrücklich dagegen. In der citirten c. 22. §. 2. heißt es: inventarium . . . modis omnibus impleatur sub praesentia tabulariorum, und in Novelle 1. Cap. 2: tabulariis enim solis, quantum ad hoc competit non credimus. Man vergl. noch fr. 12. de testibus 22, 5. und Donnelli Comm. abs. ad lib. Cod. 6. tit.

Kunst- oder Sach-Verständigen [1]) [jetzt vereideten Taxatoren [2])] die Inventarisirung der Sachen, welche der Erblasser bei seinem Tode hatte [3]). Wenn der berufene Erbe wegen

---

30. c. ult. §. 7, Hotomannus ad Inst. 2, 19. §. 7, und Bucher System der Pandekten §. 434.

1) c. 22. §. 2. sub praesentia tabulariorum, ceterorumque, qui ad huiusmodi confectionem necessarii sunt. Unter diesen ceteris versteht die Glosse bald Zeugen, bald die Legatarien und Fideikommissarien. Allein diese letztern Personen werden in Novelle 1. als neu hinzukommende zu den übrigen zur Inventur nöthigen Personen bezeichnet, und können daher nicht schon in dieser über drei Jahr ältern Verordnung gemeint seyn. Hierauf macht schon Donell a. a. O. aufmerksam. Viel richtiger scheint es daher entweder mit Donell für den Fall, daß man nur einen Notar zuziehen kann, die die Stelle des andern Notars vertretenden Zeugen darunter zu verstehn, oder mit Thibaut Pandekten §. 875. darunter die etwa nöthigen Kunstverständigen, anzunehmen. Diese letzte Ansicht wird noch dadurch unterstützt, daß im §. 3. *instructi* procuratores zur Aufnahme des Inventars verlangt werden, wenn der Erbe sich selbst nicht an Stelle und Ort, wo die Erbschaftssachen liegen, begeben will.

2) Huber Praelectiones in Dig. tit. de iure deliberandi §. 6. verlangt die Gegenwart dieser Personen, weil nach c. 22. §. 4. der Benefizialerbe soweit haften soll, als die Erbschaft werth ist; der Werth aber nur durch solche Taxatoren gründlich ermittelt werden könne. Nur darf man hier nicht so weit gehn, behaupten zu wollen, daß zur Giltigkeit des Inventars nothwendig gehöre, daß diese Taxe aufgenommen ist. Man vergl. Bülow und Hagemann Praktische Erörterungen Bd. 4. Nro. 62. §. 6.

3) c. 22. §. 2. inventarium super his rebus, quas defunctus mortis tempore habebat. Diese Worte sind nicht strenge zu nehmen. Denn alle später bis zur Vollendung des Inventars hinzukommende Accessionen müssen ebenfalls, so wie die nach dem Tode abgegangenen Stücke notirt werden. Hunger das römische Erbrecht S. 454. Note 3. Die Schulden und Lasten, die auf der Erbschaft haften, so wie die Forderungen des Erblassers dürfen den Worten der c. 22. nach nicht in das Inventar aufgenommen werden, Huber Praelect. cit., wohl aber ihrem Geiste nach. S. oben S. 395. Note. In dieser Beziehung ist noch Folgendes zu bemerken: Wenn der Erbe nicht alle Sachen in dem Inventar verzeichnet, sondern einige unterschlagen oder gestohlen hat, so soll nach c. 22. §. 10. das Inventar

der unverhältnißmäßig großen Legate besorgt ist [1]), so muß er auch alle Legatarien und Fideikommissarien [2]), die sich gerade in derselben Stadt [3]) aufhalten, oder wenn es ihnen aus irgend einem Grunde unmöglich ist zu erscheinen, ihre Geschäftsführer beim Inventarisiren gegenwärtig zu seyn

---

nicht ungiltig, sondern der Benefiziälerbe nur gehalten seyn, wenn er dieses Verbrechens überführt wird, die Sachen in natura doppelt der Masse zu restituiren, oder den doppelten Werth an die Masse zu zahlen. Ist aber ohne betrügerische Absicht von dem Erben das Inventar nicht vollständig aufgenommen, so ist dies für den Erben ohne Nachtheil.

1) Novelle 1. Cap. 2. §. 1.: illo adiecto solo, ut oporteat huiusmodi heredem, qui non creditores solum, sed etiam legatarios et fideicommissarios veretur, et metuit non damnificari solum, sed etiam non lucrari, convocare omnes legatarios etc. Man kann nemlich eine doppelte Vorschrift Justinians über die Einrichtung des Inventars unterscheiden, die eine leichtere in c. 22. ausgesprochene, und die zweite schwierigere in Novelle 1. vorgeschriebene, welche nicht bloß zum Schutze gegen Erbschaftsgläubiger, sondern vornehmlich gegen die Legatarien diente. Dieser Unterschied ist von der praktischen Bedeutung, daß, wenn der Erbe ein Inventar unter Beobachtung der im Codex enthaltenen Vorschriften errichtet hat, ohne jedoch nach Novelle 1. die Legatarien, oder die drei statt ihrer erforderlichen Zeugen zuzuziehen, er, wie ein Soldat, der kein Inventar errichtet hat, zwar nicht den Erbschaftsgläubigern, wohl aber den Vermächtnißnehmern mit seinem eignen Vermögen in solidum haften muß. Ueber die hier vorkommenden Collisionen zwischen den Legatarien und den Gläubigern des Erben vergl. Fritz im Archiv Bd. 12. S. 233. ff.

2) Nur ihre Gegenwart wird dem Gesetze nach erfordert. Aber viele Neuern, wie Cujacius, Menochius, Brunnemann, Perez, verlangen auch die Gegenwart der Creditoren des Erblassers, und zwar, daß die bekannten namentlich, die unbekannten durch eine Edictal-Citation zu erscheinen aufgefordert würden. Eine Ansicht, die kräftig in Bülow und Hagemann's Praktische Erörterungen Bd. 4. Nro. 62. §. 5. widerlegt ist. Zimmern in seinem Grundriß des Erbrechts S. 69. und nach ihm Mackeldey Lehrbuch §. 689. Nro. 2. verlangen sogar, daß alle Interessenten, also auch Creditoren und Miterben, die sich in derselben civitas aufhalten, zugezogen werden.

3) Schweppe Das Röm. Privatrecht (Vierte Ausg. von Meyer) §. 848. übersetzt πόλις mit Gerichtsbezirk.

auffordern. Wollen nun diese Alle oder Einige von ihnen weder in Person noch durch Stellvertreter gegenwärtig bei der Inventarisirung seyn [1]), oder sind einige oder alle Legatarien [2]) nicht an dem Orte, so muß der berufene Erbe an deren Stelle [3]) wenigstens drei an demselben Orte wohnhafte glaubwürdige, begüterte und im guten Rufe stehende Zeugen noch neben den Notarien und den etwa gegenwärtigen Vermächtnißnehmern oder deren Stellvertretern zuziehen, um in deren Gegenwart das Inventarium zu vollenden. Der Inventarisirende muß am Schlusse des aufgenommenen Inventars seinen Namen unterschreiben, die Größe der Erbschaft bemerken, und daß er weder bisher irgend etwas gegen diese Sachen boshafter Weise verübt, noch, so lange sie in seiner Obhut sind, verüben wolle [4]). Hat er nicht schreiben gelernt,

1) Die abwesenden Vermächtnißnehmer, aber auch nur diese (GipHAN. Comm. ad c. 22, Cujacius Expositio Novellae 1.) können, wenn sie eine Unrichtigkeit im Inventar befürchten, diese durch den Eid des Erben und der Zeugen bekunden. Die in der Stadt gegenwärtigen Vermächtnißnehmer, welche nicht der Aufforderung des Erben gemäß kamen, sind nur berechtigt, von dem Erben den Manifestationseid, nicht aber von den zugezogenen Zeugen einen Eid zufordern. Novelle 1. Cap. 2. §. 1. Hat der Erbe die Zuziehung der Vermächtnißnehmer, ihrer Geschäftsführer oder der drei Zeugen, versäumt, so stehn den Legatarien alle möglichen Beweismittel, die Berufung auf den Manifestationseid des Erben aber nur in Ermangelung aller anderer Rechtsmittel zu c. 22. §. 10. C. 6, 30. So scheinen sich die Bestimmungen beider Gesetze vereinen zu lassen.

2) Die Novelle sagt freilich nur: si vero absint aliqui; sicher aber gilt diese Vorschrift auch bei der Abwesenheit Aller.

3) Mögen also die nicht erscheinenden Legatarien auswärtig wohnen oder nicht. Denn die mehrmals in Novelle 1. Cap. 2. §. 1. erwähnten testes können doch nicht, wie es Fritz a. a. O. S. 231. für möglich hält, in verschiedener Bedeutung genommen werden.

4) c. 22. §. 2. subscriptionem tamen supponere heredem necesse est, significantem et quantitatem rerum, et quod nulla malignitate circa eas ab eo facta vel facienda res apud eam remaneant; vel si ignarus sit literarum, vel scribere praepediatur, speciali tabulario ad hoc solum adhibendo, ut pro eo literas supponat, venerabili signo

oder vermag er es nur jetzt nicht, so muß ein besonderer Notar allein zu dem Zwecke zugezogen werden, daß er für den berufenen Erben das Inventar auf die genannte Weise unterschreibe, nachdem derselbe vorher mit eigner Hand ein Kreuz unterzeichnet hat. Auch müssen bei diesem Akte Zeugen zugezogen werden, welche den designirten Erben rekognosziren, und dabei sind, wenn derselbe befiehlt, daß der Notar für ihn unterschreibe [1]).

B) Der berufene Erbe ist nicht da, wo alle oder die meisten Erbschaftssachen liegen, mag die Entfernung groß oder gering seyn [2]).

In diesem Falle gibt das Gesetz ihm ein Jahr vom Todestage des Testators an gerechnet zur Vollendung des Inventars [3]), und es steht dem Erben frei, wenn er in eigner Person sich nach jenem Orte nicht hinbegeben will, wo die Erbschaftssachen liegen, das Inventar in der genannten Art

antea manu heredis praeposito, testibus videlicet assumendis, qui heredem cognoscant, et iubente eo, tabularium pro se subscribere, interfuerint. Warum Siphanius die hier ausdrücklich vorgeschriebene Bemerkung des Erben für überflüssig erklärt, ist nicht abzusehn.

1) Siphanius macht bei der Erklärung dieses §. den Glossographis den Vorwurf, daß sie diese Zeugen mit den früher genannten Stellvertretern der Legataren nicht identifiziren. Allein zu der Zeit, da c. 22. die Zuziehung dieser Zeugen bei der Unterschrift verlangte, existirte die spätere Vorschrift, jene Zeugen statt der Legatarien zuzuziehen, noch nicht, so daß jetzt freilich jene Zeugen durch die letztern, wenn sie nur den Erben kennen, vertreten werden können. Daher wird auch von Azo in seiner Summa Codicis ad h. t. dies Requisit, aber wohl unnöthig, von jenen Stellvertretern der Legatarien postulirt.

2) c. 22. §. 2. sufficit enim praefatum tempus, etsi longissimis spatiis distant.

3) Die Glosse will, und Hellfeld Jurispr. for. §. 1468. so wie Konopack Institutionen §. 423 Note m stimmen ihr bei, zu den Worten der c. 22. §. 3. a morte testatoris suppliren: et eum mortuum scivit (et adivit), offenbar ungesetzlich. Ueber den Beginn dieses Inventars s. oben. S. 395. Note 1.

durch sachkundige Geschäftsführer, die er nach jenen Orten sendet, abfassen zu lassen [1]).

Es fragt sich nun, wenn diese am Inventar Arbeitenden vor der Vollendung desselben sterben, transmittiren sie ihr Erbrecht auf ihre Erben? Allerdings muß diese Frage bejaht werden. Man könnte sogar die Behauptung aufstellen wollen: in der Errichtung des Inventars liege eine pro herede gestio [2]), oder aditio [3]), daher gelte die Erbschaft von dem berufenen Erben, welcher das Inventar errichte, als angetreten [4]), und eine angetretene Erbschaft müsse ja dem Erben des Erben zufallen. Diese Ansicht muß aber verworfen werden, da nach c. 22. §. 14. der Deliberirende, der ein Inventar errichtet, noch die Wahl hat, ob er die Erbschaft antreten oder ablehnen will. Dagegen spricht Folgendes entschieden für die Möglichkeit und Wirklichkeit der transmissio hereditatis non aditae in unserm Falle. Es sind auf den Erben, der ohne Deliberation zu erbitten, ein Inventar errichtet, vollkommen die Worte der c. 19. passend [5]). Auf die Erben wird also diese hereditas nondum adita transmittirt [6]),

---

1) c. 22. §. 3. tamen placuit dare eis facultatem inventarii conscribendi vel per se vel per instructos procuratores in loca, ubi res positae sunt, mittendos.

2) So sieht das Inventarisiren Marezoll an, im Archiv Bd. 8. S. 274.

3) Dies ist die Ansicht von C. S. A. ab Aeminga Diss. an heres deliberans beneficio inventarii uti possit? Gryphisw. 1773. §. 4.

4) Dies behauptet z. B. Westphal von Vorlegung und Eröffnung der Testamente S. 180.

5) . . . deliberationem meruerit, vel si hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renuntiaverit, ut ex hac causa deliberare videatur, sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducat, praedictum arbitrium in successionem suam transmittat, ita tamen, ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa.

6) Anders glaubt Reichhelm Versuch einer Auslegung dunkler Gesetze S. 231. Note a. werde Hofacker, seinen Principia §. 1456. gemäß, entscheiden müssen; er selbst aber findet in diesem Falle eine transmissio aditae hereditatis.

und nur das kann fraglich seyn, was für ein Recht steht den Erben des Erben zu? können sie nur die an den drei Monaten oder an dem Jahre zur Errichtung des Inventars noch übrige Zeit benutzen, um sich über den Antritt oder die Ausschlagung der Erbschaft zu erklären? oder steht es ihnen außerdem noch frei, eine Deliberationszeit in dieser Frist sich zu erbitten? Consequent wäre es wohl gewesen, wenn sich Justinian gegen diese letzte Annahme entschieden hätte. Aber weder seine Worte in c. 22. §. 13. quam (nemlich deliberationem) putamus quidem penitus post hanc legem esse supervacuam et debere ei derogari, noch seine Erklärung im §. 3. ein Jahr genüge auch bei noch so zerstreut liegenden Gütern des Erblassers zur Aufnahme des Inventars, und damit also auch zugleich zur Einsicht, ob die Annahme der Erbschaft von Nutzen sey — reichen hin, um in diesem Falle die directe Anwendung der c. 19. auszuschließen. Wir müssen daher dem Erben des berufenen Erben nicht bloß die an dem zur Inventur vergönnten Jahre oder Vierteljahre noch fehlende Zeit von dem Augenblick an zusprechen, als ihm der Anfall der beiden Erbschaften bekannt geworden war [1]), um sich über den Antritt oder die Repudiation der Erbschaft zu erklären, sondern wir müssen ihm auch das Recht einräumen, um eine neunmonatliche oder eine jährige Deliberation zu bitten [2]), nur nicht über die Dauer des Transmissionsjahres [3]).

Wie aber, wenn der Inventarisirende die gesetzliche Zeit binnen welcher er das Inventar **vollendet** hat, ganz ohne

---

1) Die Glosse sagt von diesem annus, er sey continuus, ex quo incipit currere. Aber die Regel, daß, wenn einmal in den Quellen utile tempus anerkannt ist, es im Zweifel auch ohne Beschränkung gilt, hat Haubold bewiesen Exerc. de temporis continui et utilis computatione in seinen Opusc. T. I. p. 401, 402.

2) Als Argument hierfür kann die Entscheidung des Marcellus in fr. 10. de iure delib. dienen; noch mehr die c. 9. C. eod. 6, 30.

3) S. unten S. 409. ff.

Erklärung über Antritt oder Ausschlagung der Erbschaft verstreichen läßt, wird er angesehn, als habe er angetreten, oder als habe er ausgeschlagen? Man könnte das Letzte behaupten wollen, weil bis auf c. 22. überall [1]) die Vorschrift galt, daß, wer nicht in einer durch den Richter, durch das Gesetz, oder durch den Erblasser festgesetzten Zeit angetreten habe, seines Erbrechts verlustig erklärt ward [2]), und daß Justinian erst eine Ausnahme von diesem Prinzipe im §. 14. der c. 22., jedoch nur für den Fall eingeführt habe, wenn Jemand um Deliberation gebeten hätte. Allein gegen eine solche Annahme läßt sich mit Grund einwenden, eine solche zum Antritt der Erbschaft festgesetzte Zeit findet sich in dem hier vorausgesetzten Falle gar nicht. Denn c. 22. setzt im §. 1. eine Zeit von drei Monaten nur für den Fall fest, wenn der berufene Erbe weder ein Inventar errichte, noch um Deliberation nachsuche [3]). Dieser Fall ist nun aber hier nicht eingetreten. Der §. 2. und 3. unserer Constitution beschränkt nur indirect die Zeit des Antretungsrechts dadurch, daß er dem Erben, der angetreten hat, wenn er die Wohlthaten des Inventars erlangen will [4]), eine Frist für die Errichtung des Inventars vorschreibt, während welcher er von den Erbschaftsgläubigern und Vermächtnißnehmern nicht inkommodirt werden darf. Diese Lage der Dinge ist aber in dem hier vorausgesetzten Falle ebenfalls nicht vorhanden, und für ihn müssen wir daher sagen, hat Justinian in c. 22. Nichts vor-

1) Mit Ausnahme des Falles in c. 36. §. 2. C. de inoff. test. 3, 28.

2) fr. 69. de a. vel o. h. 29, 2.

3) Die Glosse bemerkt zu diesem §. 1: ideo tam breve spatium ei datur. Alias nisi propter creditores, vel nisi exheredatus quis esset, perpetuo adire posset.

4) §. 2. Sin autem dubius est, utrumne admittenda sit necne defuncti hereditas, non putet sibi esse necessariam deliberationem, sed adeat hereditatem, vel sese immisceat, omni tamen modo inventarium ab ipso conficiatur etc.

geschrieben, so daß es daher bei den Bestimmungen des alten Rechts bleiben muß. Was hat nun das alte Recht für diese Lage der Dinge verordnet? Jeder in diesem Falle Interessirte — er sey Substitut, oder Miterbe, oder Legatar, oder Erbschaftsgläubiger, oder Erbschaftsschuldner — konnte darauf dringen, daß der designirte Erbe sich erkläre, und wenn dieser die Erklärung verschob, bei dem Prätor darauf antragen, daß derselbe ihm einen Termin setze [1]), bis zu welchem seine Erklärung einlaufen müsse, so daß, wenn dieser Termin ohne Erklärung verstrich, die Erbschaft als ausgeschlagen gelte. Für diesen Fall glauben wir nun, daß fr. 3. de iure deliberandi 28, 8. [2]) noch praktisch sey, welches sagt, im Falle, daß schon ein solcher Termin dem designirten Erben gesetzt sey, könne dieser doch noch, freilich nach fr. 4. eod. [3]) nur aus wichtigen Gründen, um einen neuen Zeitraum bitten. Der erste von den Interessenten gebetene Zeitraum ist nun ebenfalls seiner Dauer nach dem ältern Rechte gemäß zu bestimmen, so daß hier der Richter einen freien Spielraum zwischen hundert Tagen und neun Monaten [4]) nach fr. 2. eod. hatte. War also der erste Termin noch nicht abgelaufen, so durfte der designirte Erbe noch den Richter

---

1) fr. 23. §. 1. §. 2. de her. inst. 28, 6. Vergl. fr. 5, fr. 6. de interrog. 11, 1.

2) fr. 3. Nec non illud sciendum, nonnunquam semel, nonnunquam saepius diem ad deliberandum datum esse, dum Praetori suadetur, tempus, quod primum aditus praestituerat, non suffecisse. — Für diesen Fall gilt auch die Entscheidung von Ulpian noch, am Ende des fr. 69. De A. vel O. H. 29, 2; s. unten.

3) fr. 4. Sed hoc impetrari non debet, nisi ex magna causa.

4) fr. 2. Itaque pauciores centum dierum non sunt dandi. Dies Minimum ist dem Institute der cretio wahrscheinlich entlehnt. Hunger das Röm. Erbrecht S. 448. Note 2. Das Maximum ist durch die c. 22. bestimmt. Vergl. Donelli Comm. abs. ad Cod. lib 6. tit. 30. §. 18. zur c. ult. Bucher System der Pandekten dritte Ausg §. 433. Note 1.

oder den Regenten angehn, damit diese ihm die an neun oder zwölf Monaten noch fehlende Zeit zur Deliberation bewilligten [1]). Außerdem, d. h. wenn er nicht gedrängt ward, stand es dem designirten Erben nach vollendetem Inventare noch zu jeder Zeit frei, sich über den Erbschaftsantritt zu erklären, oder, jedoch nur binnen eines Jahres nach erfahrnem Erbschaftsanfalle, eine Deliberationsfrist nachzusuchen. Von den Wohlthaten des Inventars konnte freilich, mochte der erste Erbe antreten, oder dessen Erbe, nicht die Rede seyn, da Jener es weder als Erbe begonnen, noch als Erbe unterschrieben hatte [2]). Dies auf solche Weise gewonnene Resultat scheint gerade dadurch bestätigt zu werden, daß es die praktische Gültigkeit des fr. 2, des fr. 3, und des fr. 4. D. cit. aufrecht erhält [3]), während eine andere Ansicht diese Fragmente durch c. 22. für aufgehoben erklärt [4]). Es wäre aber allerdings auffallend, wenn der nach dieser letztern Ansicht so offenbare Widerspruch von Digestenfragmenten mit einer Verordnung Justinians aus dem Jahre 531 von den Compilatoren nicht bemerkt wäre [5]). Diese Männer sind daher hier von einem Versehen vollkommen frei zu sprechen. Auch wird in den Basiliken (35, 18.) ganz ausdrücklich noch von der Deliberation bemerkt, daß sie nicht weniger als hundert

---

1) Schon die Glosse bemerkt und löst den scheinbaren Widerspruch zwischen c. 22. und fr. 3: vel intra annum vel novem menses pluries ei datur, non autem quod excedit. Ebenso Meier Colleg. iurid. Argentor. ad lib. 28. tit. 8.

2) c. 22. §. 2. subscriptionem tamen supponere heredem necesse est.

3) Donell in seinen Comm. iur. civ. lib. 7. c. 3. und Duaren ad tit. Dig. de iure deliberandi c. 1. lassen fr. 3. und fr. 4. cit. neben c. 22. fortbestehn.

4) z. B. Huber Prael. in Inst. 2, 19. §. 4; Voet Comm. ad Pand. 28, 8. §. 2; Lauterbach Colleg. theor. pract. ad Pand. lib. 28. tit. 8. §. 1. Nro. VI.; Hellfeld Iurispr. for. §. 1467; Hunger a. a. O. S. 450.

5) Thibaut Civilistische Abhandlungen S. 83, 84.

Tage betragen, und daß sie ex magna causa wiederholt gebeten und ertheilt werden könne [1]).

Nehmen wir aber den Fall, der Antretende beginne und beende zur gehörigen Zeit ein Inventar; welche Wirkungen bringt dies hervor? Wir können folgende hervorheben:

1) So lange der Erbe an dem Inventar arbeitet, oder zu arbeiten berechtigt ist, also höchstens neunzig Tage oder ein Jahr lang [2]), dürfen die Gläubiger des Erblassers [3]), so wie die Vermächtnißnehmer den Erben weder gerichtlich belangen [4]), noch außergerichtlich mahnen, mögen jene Personen mit einer persönlichen oder mit einer hypothekarischen Klage auftreten wollen [5]). Damit nun aber daraus für die Forderungen der Erbschaftsgläubiger kein Nachtheil entstehe, so bestimmt Justinian, daß dieser dreimonatliche oder jährige Zeitraum gar nicht in die Klagenverjährung, welche gegen die Erbschaftsgläubiger läuft, eingerechnet werden solle [6]). Dem inventarisirenden Erben jedoch, der bereits

---

1) Ganz allgemein noch geltend nimmt diese Zeitfristen an Azo Summà Codicis ad tit. de iure deliberandi.

2) c. 22. §. 11. S. oben S. 402. ff.

3) Selbst bereits rechtskräftig ausgeklagte und zum Executionsauftrage gediehene Forderungen gegen den Erblasser dürfen nicht während der Inventur vollzogen, noch Arreste angelegt werden. Voetius Comm. ad Pand. 28, 8. §. 17. §. 19; Lauterbach Diss. de inv. her. §. 17; Albrecht Entscheidungen merkw. Rechtsfälle Bd. III. S. 261.

4) Die Praktiker geben gegen eine in solchem Falle angebrachte Klage eine exceptio inventarii conficiendi. Lauterbach a. a. O. §. 17. Nro. 3. ff.

5) Nur, wenn Personen ihr Eigenthum aus dem Nachlasse reklamiren wollen, wird ihnen dies auch während der Inventur gestattet: Voet und Brunnemann a. a. O. Seuffert Pandekten §. 572. Note 10.

6) c. 22. §. 11. Donec tamen inventarium conscribitur, vel si res praesto sint, intra tres menses, vel si abfuerint, intra annale spatium secundum anteriorem distinctionem, nulla erit licentia neque creditoribus, neque legatariis vel fideicommissariis eos vel inquietare, vel in iudicium vocare, vel res hereditarias quasi ex hypo-

angetreten hat, steht es frei, die Erbschaftsschuldner zu belangen [1]).

2) Der Erbe hat die Wohlthat der lex Falcidia, d. h. er kann den Legatarien, ist die Erbschaft solvent, soviel abziehn, daß ihm der vierte Theil von der Erbschaft als reiner Ertrag übrig bleibt. Ist aber die Erbschaft insolvent, so ist er nicht genöthigt, irgend etwas den Legatarien zu zahlen [2]). Daß ein solcher Benefizialerbe auch das Recht behalte, die Quarta ex SCto Trebelliano sich zurück zu behalten, hätte niemals bezweifelt werden sollen [3]).

3) Die Erbschaftsgläubiger können Nichts weiter fordern, als soweit die Erbschaftsmasse reicht [4]), und zwar ist hier folgendes, die Regulirung der Masse dem Erben sehr erleichterndes, Verfahren erlaubt. Der Erbe darf jeden Erbschaftsgläubiger, welcher die Liquidität seiner Forderung beweist, sofort bezahlen, ohne sich darum zu bekümmern, ob andere sich später meldende Gläubiger darunter leiden oder nicht [5]).

---

thecarum auctoritate vindicare, sed sit hoc spatium ipso iure pro deliberatione heredibus concessum (Ueber die Bedeutung dieser Worte oben S. 399. ff.), nullo scilicet ex hoc intervallo creditoribus hereditariis circa temporalem praescriptionem praeiudicio generando. Daß dies Letztere wegen der Regel agere non valenti non currit praescriptio verordnet sey, bemerkt mit Recht Donellus in seinen Comm. abs. ad libros Codicis zu c. ult. C. 6, 30. §. 7. Aus andern Rücksichten hat Justinian in Novelle 115. cap. 5. §. 1. neun Tage lang ein solches iustitium als tempus luctus gegeben. — Aus diesem §. 11. abstrahirt unrichtig Sintenis Handbuch des gemeinen Pfandrechts S. 561. eine richtige Bemerkung, die aber nicht „als etwas Besonderes" anzuführen wäre.

1) Lauterbach a. a. O. §. 17. Nro. 9.

2) c. 22. §. 4. Et si praefatam observationem inventarii faciendi solidaverint, hereditatem sine periculo habeant, et legis Falcidiae adversus legatarios utantur beneficio.

3) Die Literatur dieser Frage s. bei Valett Pandekten §. 1070 Note 15.

4) c. 22. §. 4: ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant.

5) Ebenda: Et eis satisfaciant, qui primi veniant creditores, et si

Diese Vorschrift enthält gar nichts Auffallendes, weil ja die Regeln des Concurses hier keine Anwendung finden dürfen. Auch wenn die Legatarien sich mit Vindikations- oder bloßen obligatorischen Ansprüchen melden, darf der Erbe in jenem Falle die Sachen des Erblassers ihnen tradiren, und in diesem Falle, wenn nicht anders die Bezahlung geschehen kann, zur Erbschaft gehörige Sachen verkaufen, um das von den Legatarien geforderte Geld zu lösen [1]. Melden sich nun Gläubiger, nachdem bereits die Erbmasse auf solche Weise an Gläubiger oder Legatarien verabfolgt ist, so darf der Erbe nicht eingeklagt werden [2], eben so wenig als die Käufer der Erbschaftssachen, wenn der Kaufpreis zur Bezahlung für Creditoren oder Vermächtnißnehmer verwendet ist [3]. Die so hinten an gesetzten Creditoren können nur theils gegen die Legatarien mit der hypothecaria actio oder mit der indebiti condictio zu ihrer eignen Befriedigung auftreten [4], theils, wenn sie Bevorrechtete sind, gegen die ihnen in der Rangord-

nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur, et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant, ne, dum lucrum facere sperant, in damnum incidant.

1) Ebenda: sed etsi legatarii interea venerint, et eis satisfaciant ex hereditate defuncti, vel ex ipsis rebus, vel ex earum forsitan venditione.

2) c. 22. §. 7. Contra ipsum tamen heredem, secundum quod saepius dictum est, qui quantitatem rerum hereditariarum expendit, nulla actio extendatur. Die Praktiker lassen die Klage zu, entfernen sie aber durch eine exceptio inventarii conficiendi. LAUTERBACH a. a. D. §. 18.

3) c. 22. §. 5. Sin vero creditores, qui post emensum patrimonium necdum completi sunt, superveniant, neque ipsum heredem inquietare concedantur, neque eos, qui ab eo comparaverint res, quarum pretia in legata vel fideicommissa, vel alios creditores processerunt.

4) Ebenda: Licentia creditoribus non deneganda adversus legatarios venire, vel hypothecis vel indebiti condictione uti, et haec, quae acceperint, recuperare; quum satis absurdum sit, creditoribus ius suum persequentibus legitimum auxilium denegari, legatariis vero, qui pro lucro certant, suas partes leges accommodare. Die chirographarischen Gläubiger haben nur die indebiti condictio; die hypo-

nung nachstehenden Gläubiger, wenn diese Sachen an Zahlungs Statt erhalten haben, und dieselben noch in natura vorhanden sind, mit der hypothecaria actio; wenn sie mit baarem Gelde befriedigt sind, oder die Sachen nicht mehr in natura vorhanden sind [1]), mit einer ex lege [2]) condictio [3]). Jene Klage können nur die hypothekarischen Gläubiger, diese auch die mit einem privilegio exigendi versehenen chirographarischen Gläubiger anstellen [4]). Seine eigenen Forderungen kann der Be-

thekarischen Gläubiger haben auch sie, wie Siphanius in der Explanatio der c. 22. sagt: re non exstante aut vendita.

1) Die Glosse sagt: si superest res, hypothecaria, vel si defecerit, condictione ex lege. Ihr stimmen Azo und Siphanius bei.

2) Es ist eine condictio ex lege ult. §. 6. C. de iure deliberandi 6, 30.

3) c. 22. §. 6. Sin vero heredes res hereditarias creditoribus hereditariis pro debito dederint in solutum, vel per dationem pecuniarum satis eis fecerint, liceat aliis creditoribus, qui ex anterioribus veniunt hypothecis, adversus eos venire, et a posterioribus creditoribus secundum leges eas abstrahere, vel per hypothecariam actionem vel per condictionem ex lege, nisi voluerint debitum eis offerre. Beide Klagen können also durch die Offerte und Erlegung der ganzen schuldigen Summe abgewendet werden. Bei der hypothecaria actio ist dies stets der Fall. Sintenis Handbuch des gemeinen Pfandrechts S. 557.

4) Allgemein liest man bisher die Behauptung, daß wenn ein Benefizialerbe zur Erbschaft gehörige, verpfändete, Sachen veräußert, alle bisherigen Pfandrechte an denselben dadurch erlöschen; so namentlich bei Mackeldey Lehrbuch §. 327. Aber theils ist die genannte Voraussetzung zu weit, theils die daraus gezogene Folgerung unrichtig angegeben. Die Voraussetzung ist zu weit — denn, wenn der Benefizialerbe bei einer zureichenden Erbschaft zu derselben gehörige Objekte veräußert, und das Geld für sich behält, so ist die vom Gesetze angegebene Voraussetzung nicht vorhanden, sondern es ist nothwendig, daß der daraus gelöste Kaufpreis zum Vortheil der Legatarien oder der Gläubiger verwendet sey. Aber die Folgerung ist noch unrichtiger — denn wir finden ja nach geschehener Veräußerung die hypothecaria actio, die wesentliche Begleiterin des Pfandrechts, sowohl gegen Legatarien als gegen minder berechtigte Gläubiger in Kraft. Keine Beendigung des Pfandrechts wird also durch den bereits näher bezeichneten Verkauf von Seiten des Benefizialerben herbeigeführt, sondern nur eine Beschränkung hinsichtlich der Subjekte, gegen welche die hypothe-

nefizialerbe auch wie die Fremder befriedigen. Denn es heißt im §. 9. der c. 22: Si vero et ipse aliquas contra defunctum habebat actiones, non hae confundantur, sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam, temporum tamen praerogativa inter creditores servanda. Diese letzten sechs Worte können zweierlei bedeuten. Entweder es soll seine Forderung befriedigt werden, sobald er sich meldet, so daß er, wenn er als primus creditor, d. h. früher als ein anderer Creditor sich meldet [1]), er alle später sich Meldenden zurückweisen darf, sobald die Erbmasse durch die Bezahlung seiner Forderungen erschöpft ist. Oder die Worte bedeuten, er soll dabei als hypothekarischer Gläubiger auf die Priorität seiner Forderung (nicht seiner Meldung) in Rücksicht auf die Forderugen der übrigen Gläubiger achten. Diese zweite Erklärung erscheint als die richtige [2]), zumal wenn man noch die unmittelbar diesen letzten Worten vorhergehenden mit ihnen verbindet [3]). Darnach also kann der Benefizialerbe zwar sich gleich wegen seiner Forderungen gegen den Erblasser aus der Erbmasse befriedigen. Wenn aber Forderungen Anderer da sind, die in Concurrenz mit der seinigen dieser vorgehn, so kann er zwar nicht als heres von diesen Andern, wohl aber als posterior creditor auf Herausgabe des an sich Ge-

---

caria actio in diesem Falle angestellt werden darf; und hier bei Gelegenheit der Darstellung der hypothecaria actio scheint der Ort zu seyn, wo von dieser Modification der Ausübung des Pfandrechts gehandelt werden sollte.

1) c. 22. §. 4. Et eis satisfaciant, qui primi veniant creditores.

2) Donelli Comm. iur. civ. 7, 3. Non primus, sed suo ordine, ut futurum erat, si confusione amissae non essent actiones.

3) Auch spricht für diese Erklärung, daß erst an demselben Tage, an welchem die c. 22. erlassen ward, die gesetzlich generelle Hypothek der Frau wegen ihrer dos mit einem Privilegio versehn wurde. c. 12. C. 8, 18.

zahlten mit der hypothecaria actio oder ex lege condictio [1]) belangt werden. Allein einen Vortheil kann der Benefizialerbe dennoch aus dieser schnellern Bezahlung an sich selbst haben, nemlich folgenden: wenn bei einer Lozirung, wie sie die Regeln des Concurses mit sich bringen, seine Forderung in eine Klasse kommen würde, in welcher nicht alle Gläubiger vollständige Befriedigung erhalten können, so hat kein ihm gleichstehender Gläubiger jetzt das Recht, von ihm das Ganze, oder auch nur soviel, abzufordern, daß nun Alle gleich viele Prozente von ihrer Forderung einbüßten [2]).

4) Wenn ohne Schuld des Benefizialerben nach dem Tode seines Erblassers Einiges, was zur Erbschaftsmasse gehört, verschlechtert oder vernichtet wird, so trifft dieser Nachtheil nicht ihn [3]), wie es die Regel [4]) mit sich bringt, sondern die Legatarien und Erbschaftsgläubiger. Allein auf der

---

1) Diese Klage läßt die Glosse auf den bereits erhaltenen Kaufpreis anstellen, wenn der Erbe die Sachen weiter veräußert hat.

2) Dies folgt schon aus dem allgemeinen Prinzipe in fr. 128. pr. de R. J. 50, 17. In pari causa possessor potior haberi debet, und ist daher mit Unrecht von Brunnemann (und Andern) geleugnet. S. dagegen Zimmern Grundriß S. 71, Wening-Ingenheim Lehrbuch B. V. §. 170, Schweppe Röm. Privatrecht §. 848. Nro. 6. S. 180. der Ausgabe von Meier.

3) Perez a. a. O. §. 11; Madihn de successione §. 249, Hartitzsch Erbrecht §. 212. Brunnemannus in seinem Comm. ad Pandectas zur l. 9. de iure deliberandi glaubt, daß, wenn jedoch der Erbe von den Gläubigern gemahnt, und daher in mora war, daß der Zufall den Erben treffe. Diese Ansicht ist ganz richtig, sobald die Mahnung an den Erben, der angetreten hat, vor dem Beginn der Inventur, oder erst nach errichtetem Inventar gelangte. Denn da er während der Inventur nicht beunruhigt werden darf, so hat auch eine während dieser Zeit geschehene Mahnung keineswegs die Wirkung, den Erben, vom Augenblick der Mahnung an oder selbst auch später vom Augenblick des vollendeten Inventars an in mora zu versetzen. Auf dieses Verhältniß deuten auch die Worte im §. 2: nulla malignitate circa eas ab eo . . . facienda res apud eum remaneant.

4) fr. 30. 2. D. ad leg. Falcidiam 35, 2.

andern Seite kommt auch zufälliger Gewinn der Erbschafts-masse nicht dem Benefizialerben, sondern den Gläubigern der Erbschaft und den Legatarien zu Gute [1].

5) Der Erbe hat das Recht die Ausgaben für das Begräbniß, für die Errichtung des Inventars, für die etwanige Publikation des Testaments [2], und für andere Ausgaben, von denen er beweist, daß sie für die Erbschaft nothwendig waren [3], vorweg zu behalten [4].

6) Zu den Vortheilen eines gesetzlich errichteten Inventars finden wir gewöhnlich auch den gezählt, daß der Benefizialerbe die erbschaftlichen Sachen nicht mit Umständen zu versilbern braucht, um die Gläubiger auf solche Weise zu befriedigen, sondern ihnen jene Sachen sofort an Zahlungs Statt nach einem angemessenen Preise hingeben darf [5]. Fragen wir nun zuerst, worauf soll sich das Recht des Creditors gründen? Die Antwort lautet dahin: theils auf den §. 6., wo es heißt: Sin vero heredes res hereditarias creditoribus hereditariis pro debito *dederint in solutum*, theils auf den §. 4., wo man liest: si legatarii venerint, et eis satisfaciant

---

1) Hertius Diss. de effectibus non confecti inventarii Sect. II. §. 10., Merenda Controv. iuris lib. 18. c. 43. §. 13 . . . 19; Schweppe a. a. O. §. 848; Zimmern Grundriß S. 71.

2) Vergl. c. 23. C. de testamentis 6, 23.

3) Dahin gehören z. B. Prozesse zu Gunsten der Erbschaft, Brunnemann a. a. O., Voetius Comm. ad Pand. 28, 8. Nro. 23, ferner Kosten der Veräußerung von Sachen, die nicht an Zahlungs Statt angenommen wurden, um aus deren Erlös die Erbschaftscreditoren zu befriedigen. Cujacius in der Erklärung unserer c. 22.

4) c. 22. §. 9, In computatione autem patrimonii damus ei licentiam excipere et retinere quidquid in funus expendit, vel in testamenti insinuationem, vel in inventarii confectionem, vel in alias necessarias causas hereditatis approbaverit sese persolvisse.

5) Westphal von Vorlegung und Eröffnung der Testamente S. 183; Reichhelm Versuch einer Auslegung dunkler Gesetze S. 237; Madihn de successione §. 249.

ex hereditate defuncti *vel ex ipsis rebus* vel ex earum forsitan venditione. Daß diese Worte des §. 4. nicht von der in solutum datio verstanden werden dürfen, sondern auf (der Sache nach im Justinianeischen Rechte noch fortbestehende) Vindikations- und Damnationslegate zu verstehn sind, ist bereits [1]) angedeutet, und daher bleibt nur der §. 6. als beweisend zurück, daß der Benefizialerbe eine in solutum datio vornehmen könne. Aber es fragt sich, unter welchen Voraussetzungen? Doch nur unter denselben, welche damals zur Zeit unserer c. 22. bei der in solutum datio existirten; also nach c. 16. und c. 17. C. de solut. 8, 42. nicht nolente sondern consentiente creditore. Daher hat Zimmern vollkommen Recht, jedoch nur für die Zeit, da die c. 22. erlassen ward, wenn er bemerkt [2]), daß der Benefizialerbe die in der Erbschaft befindlichen Sachen, wenn es angenommen wird, auch in solutum geben kann. Denn nur unter dieser Voraussetzung konnte zur Zeit der c. 22. die in solutum datio Statt finden. Aber Justinian hat im Jahre 535 [3]) in Novelle 4 Cap. 3. das *beneficium* in solutum dationis erst geschaffen, und an andere gewisse Voraussetzungen geknüpft, deren Existenz jetzt zur Anwendung dieser Zahlungsart nothwendig verlangt wird [4]). Deshalb muß der Benefizialerbe das schuldige Objekt [5]) gerade nicht leisten können [6]). Deshalb aber zu verlangen, die Erbschaft müsse zur Deckung der Schulden unzureichend seyn, um die in solutum datio anzuwenden [7]), scheint nicht nothwendig, da ja durchaus nicht

1) Vergl. oben S. 414. zu Note 1.
2) Grundriß des Erbrechts S. 69.
3) Biener Geschichte der Novellen S. 354.
4) Marezoll in Löhr's Magazin Bd. 4. S. 230. ff.
5) Gleichgültig ob es Geld oder etwas Anderes ist. Novelle 4. Cap. 3. §. 1.
6) Brunnemann, Hofacker, Mabihn, Hunger a. a. O.
7) Lauterbach behauptet dies a. a. O. §. 19. Nro. 2. „hereditas onerosa," ebenso Hartitzsch Erbrecht §. 211.

auf überschuldete Debitoren diese Rechtswohlthat von Justinian beschränkt ist. Gerade eben dann, wenn andere Sachen als Geld Objekte der Forderungen sind, wird sich dies beneficium bei einem vollkommen begüterten Schuldner anwendbar zeigen. Ferner muß der Gläubiger heftig andringen, selbst Schuld seyn, daß jeder vom Kaufe der Erbschaftssachen zurückgeschreckt wird, und die bessern Erbschaftssachen vor den schlechtern fordern können. Wäre es unter allen Umständen dem Benefizialerben erlaubt gewesen, eine in solutum datio vorzunehmen, so hätte auch Cujacius in der Erklärung unserer c. 22. Unrecht, wenn er erlaubt, daß der Benefizialerbe die Kosten der Veräußerung von Erbschaftssachen, um aus deren Erlös die Erbschaftscreditoren zu befriedigen, als necessariae impensae für die Erbschaftsmasse anrechnen darf.

7) Reichhelm [1]) findet in den Worten der c. 22. §. 13. liceat eis adire hereditatem et sine damno ab ea discedere ex praesentis legis auctoritate den Sinn, daß wenn der Erbe auch bereits angetreten hat, und bis zur Vollendung des Inventars sich von der Unzulänglichkeit der Erbschaft überzeugt, er wieder die Erbschaft aufgeben könne [2]). Diese Worte aber sine damno ab ea discedere bedeuten sicher Nichts weiter als wie wir im Deutschen ebenfalls sagen: ohne Schaden davon wegkommen, gerade wie es in c. 22. §. 4. heißt: hereditate *sine periculo* habeant [3]). Zugleich aber deutet auch der Ausdruck habeant darauf hin, daß hier nicht von einem nur augenblicklichen Ergreifen und darauf folgenden wieder Fahrenlassen der Erbschaft die Rede seyn könne [4]).

---

1) Versuch einer Auslegung dunkler Gesetze Nro. VI. S. 235. ff.

2) Carpzov und Franzke waren wohl die Urheber dieser Ansicht, wegen welcher sie mit Recht von Brunnemann zum fr. 9. de iure deliberandi getadelt werden.

3) So erklärt die Sache Thibaut in seinen Pandekten-Vorlesungen. S. Froben zum §. 876. von Thibaut's Pandekten.

4) Gegen diese Ansicht Reichhelms ist auch eine entschiedene neuere Pra-

8) Schweppe [1]) nennt unter den Vortheilen des errichteten Inventars auch den, daß der Erbe die Dispositionen des Erblassers über des Erben Eigenthum nicht gelten lassen dürfe. Er schließt diese Befugniß aus den Worten des §. 4: hereditatem sine periculo habeant . . . nihil ex sua substantia heredes amittant. Allein wenn der Benefizialerbe genügenden Ersatz für diese Leistung sich aus der Erbschaft zu entnehmen im Stande ist [2]), so würde der Erbe zur Leistung verpflichtet seyn [3]); da er nur in so weit von den Verpflichtungen eines gewöhnlichen Erben frei wird, als die c. 22. ihn davon ausdrücklich befreit [4]). Setzen wir daher den Fall, der Erblasser habe ohne Erlaubniß des Benefizialerben dessen Sachen veräußert, so kann der Verletzte diese Veräußerung nicht anfechten, insoweit er durch die Erbschaft für diesen Verlust entschädigt ist [5]).

Stirbt nun nach errichtetem Inventare der designirte Erbe, gleichviel ob er stirbt, nachdem ihm auf Ansuchen der übrigen Interessenten ein Termin zur Erklärung gesetzt ist, oder nachdem er selbst um Deliberation gebeten hat, während der gegebenen Frist, oder ohne daß beides geschehen war, so wird das Transmissionsrecht davon abhängen, ob bereits ein

---

ris. Man vergl. HELLFELD Iurispr. forensis §. 1471, Böhmer Rechtsfälle Bd. III. 357. ff., C. E. Albrecht Entscheidung merkwürdiger Rechtsfälle Bd. 3. Nro. 133. S. 256.

1) Römisches Pandektenrecht §. 848. Nro. d.

2) VOETIUS Comm. ad Pand. 6, 1. Nro. 16; Wening Lehrb. B. V. §. 171.

3) JACOBI CURTII Εικαστων lib. V. c. 17. in OTTO Thesaur. V. p. 300.

4) Thibaut Pandekten §. 876. B. Dabelow ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse S. 345. — CUIACIUS in seiner Expositio Novellae 1. erklärt es für falsum et commentitium, daß der Benefizialerbe ein Legat seiner eigenen Sache zu leisten nicht schuldig sey.

5) Brunnemann a. a. O. Posse heredem ea, quae a defuncto alienata sunt, recuperare eadem, si plus in re alienata amittat, quam in hereditate reciperat.

Jahr nach erfahrner Delation der Erbschaft (wovon aber die Zeit abgerechnet wird, in welcher ihm der Anfall der Erbschaft unbekannt war,) abgelaufen ist, oder nicht. Ist das Letztere der Fall, so findet die Transmission mit demselben Rechte für den Erben des Erben gerade so Statt, als in dem Falle, da der designirte Erbe während seiner Arbeit am Inventar starb. Läßt nun der Erbe des Erben ohne Erklärung diese Zeitfrist verstreichen, so muß man ihn um so mehr als einen solchen betrachten, der ausgeschlagen hat, da er ja nicht einmal, wie sein unmittelbarer Erblasser, ein Inventar errichtet hat; und da er auch nicht um Deliberation nachgesucht hat, so muß er auch schon nach unserer obigen Erklärung der Schlußworte des §. 1. als **apertissime repudians**, als **alienus ab hereditate** gelten.

Es kann die Frage entstehn: ist der Erbe dessen, der das Inventar errichtet hat, oder der Inventarisirende selbst, berechtigt, von Demjenigen, welcher später die Erbschaft wirklich antritt, die Kosten der Inventarisirung ersetzt zu verlangen? Dies scheint nicht der Fall zu seyn. Denn wenn man gleich meinen möchte, das errichtete Inventar sey ja für den antretenden Erben auch genügend, und erspare ihm die Kosten eines neu zu errichtenden, so ist doch zu leugnen, daß ein solches Inventar formell brauchbar sey. Denn es muß ja der **heres** unterschrieben haben, und der verstorbene Inventarisirende war ja nicht Erbe. Außerdem ist ja auch die Zeit vorüber, daß der neue Erbe noch mit einem Inventare auftreten könnte, und daher wird auch materiell ein Inventar ihm nicht mehr nützen können. Endlich spricht auch der §. 9. nur von einem Einbehalten [1]) der Kosten für das Inven-

---

1) c. 22. §. 9. In computatione autem patrimonii damus ei licentiam excipere et retinere, quidquid in funus expendit . . . vel in inventarii confectionem. PEREZ a. a. O. sagt §. 11: iure retentionis consequi, und LAUTERBACH Disp. de inventario hereditatis §. 21. Nro. 1. concessum est ius retentionis in Beziehung auf die Kosten der Inventur.

tar, so daß eine Klage auf die Wiedererstattung der Kosten durch nichts gerechtfertigt erscheint; und keinen Einfluß kann es auf die Entscheidung äußern, ob der Inventarisirende ohne Erklärung verstorben oder ob derselbe ausdrücklich die Erbschaft ausgeschlagen. Denn da nach dem Obigen in der Errichtung des Inventars keine pro herede gestio liegt, so steht die ausdrückliche Ausschlagung der Erbschaft noch ganz in der Gewalt des Inventarisirenden, und ebenso in der seines Erben.

Erklärt nun endlich Derjenige, welcher das Inventar aufgenommen hat, oder sein Erbe, daß er demselben gemäß die Erbschaft antreten wolle, so haftet ein solcher Erbe nichts desto weniger auch mit seinem eigenen Vermögen allen Erbschaftsgläubigern in solidum, als wäre gar kein Inventar errichtet [1]), und eben so wenig kann er gegen die Vermächtnißnehmer auf die Wohlthat der lex Falcidia sich berufen [2]); sondern er haftet ihnen sogar mit seinem eigenen Vermögen [3]).

Nehmen wir nun den Fall, es ist Jemand zur Erbschaft gerufen, und er will

III. ohne ein Inventar zu errichten, um eine Deliberation bitten; innerhalb welcher Zeit nach erfahrnem Anfall der Erbschaft muß er dies thun? Es sind ihm hiezu drei Monate vom Augenblick des erfahrnen Anfalls der Erbschaft an gerechnet, gegeben [4]). Denn hat er bis zum Ablauf dieser drei Monate weder ein Inventar errichtet, noch um Deliberation

1) Denn dies Inventar ist darum nicht brauchbar, weil es von keinem Erben, der damals angetreten hatte, errichtet ist; c. 22. §. 2. subscriptionem tamen supponere heredem necesse est.

2) Novelle 1. Cap. 2. §. 2.

3) Fritz im Archiv Bd. 12. S. 231. Note.

4) So Marezoll im Archiv Bd. 8. S. 270. a. E. Bald darauf S. 273, 274. beschränkt er jedoch das Recht, sich über die Deliberation zu erklären, auf dreißig Tage.

gebeten, so gilt er ja als **apertissime repudians** und als **alienus ab hereditate.**

Gleichgültig aber ist es wohl für ihn, ob er am ersten Tage des ersten Monats, oder am letzten Tage des dritten Monats um Deliberation nachsucht. Zwar könnte man von einer andern Ansicht ausgehen, und behaupten, daß die zu gewährenden neun oder zwölf Monate vom Augenblick der Bitte an gerechnet werden müßten [1]), weil im Falle, daß der Richter die neun Monate zu gewähren gerade am letzten Tage des dritten Monats angegangen würde, ein volles Jahr dem Erben, vom Augenblick der erfahrnen Erbschaft an gerechnet, zustünde, wodurch also man am wenigsten sich von dem schon zur Zeit der c. 19. begründeten Rechte [2]) entfernen würde, der Kaiser aber allerdings, wenn dieser selbst um Gewährung der Deliberation angegangen würde, aus besonderer Machtvollkommenheit und Gnade noch im günstigsten Falle für den designirten Erben drei Monate zu diesem bisher gewöhnlich bewilligten Jahre zulegen wolle. Jedoch läßt sich wohl nicht gut annehmen, daß Justinian in der die Deliberation so tadelnden c. 22. das noch in c. 19. bestätigte Deliberationsjahr auch nur in irgend einem Falle habe verlängern wollen [3]). Nehmen wir daher an, daß die zu erbittende Zeit vom Augenblick der erfahrnen Erbschaft an gerechnet wird, so ist beständig in dem Falle, daß der Regent die Bitte gewährt, das bisherige Recht beibehalten, die Frist aber beschränkt, wenn die Deliberation von einem Magistrat erbeten ward.

---

1) Dies behaupten ausdrücklich Duarenus a. a. O. c. 2. a. E. und Mackeldey Lehrbuch §. 698. Nro. 1.

2) Denn daß damals ein Jahr zur Deliberation zu ertheilen Sitte gewesen, ist bereits oben S. 392. und 393. Note 4. angedeutet.

3) Für diese Ansicht spricht auch, daß das spatium deliberandi, welches unstreitig der Prätor eingeführt hatte, während es jetzt durch c. 22. zu einem civilen Institute erhoben ist, stets mit dem Augenblick der erfahrnen Erbschaft zu laufen begonnen hat; mag man annehmen, daß es der vulgaris cretio (Ulp. 22, 31.) oder dem successorium edictum (fr. 1. §. 8. §. 9. de succ. ed. 38, 9.) nachgebildet sey. Vergl. unten.

Hat er nun um die Deliberation gebeten, die gewährte Frist aber ohne irgend etwas weiter zu thun, ohne ein Inventar zu errichten, oder ohne die Erbschaft ausdrücklich anzutreten, oder auszuschlagen, verstreichen lassen, so gilt er als Erbe, und haftet allen Gläubigern der Erbschaft, ohne Rücksicht auf deren Geringfügigkeit in solidum, darf sich auch der Wohlthaten der lex Falcidia nicht bedienen, sondern muß den Legatarien ebenfalls in solidum zahlen.

Wenn er aber in dieser Unthätigkeit vor dem Ablaufe der erbetenen Deliberation stirbt, so geht das Recht zum weitern Deliberiren auf seine Erben über. Lassen auch sie sorglos die Zeit verstreichen, so gelten sie als Erben, die in solidum den Legatarien und den Erbschaftsgläubigern haften.

Hiebei kann die Frage aufgestellt werden: durfte der Erbe des Erben, dem nur noch eine kurze Zeit zum Deliberiren von der erbetenen Frist seines Erblassers übrig war, eine neue Deliberationsfrist sich erbitten? Diese Frage scheint wohl verneint werden zu müssen, hauptsächlich wegen der Worte semel enim et non saepius eam peti concedimus. Denn da diese ganz allgemein lauten, so schließen sie nicht nur den ersten Erben von einer wiederholten Bitte um Deliberation aus, sondern erlauben auch nicht, daß sein Repräsentant, nach dessen Tode, mit Erfolg eine zweite Bitte an die Obrigkeit oder den Kaiser richte. Man könnte aber vielleicht in einem Falle sich bewogen fühlen, hier eine zweite Bitte zu gestatten wegen der Worte in c. 19.: ita tamen ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa. Hier wird gesagt, ein ganzes Jahr lang vom Augenblick der erfahrnen Erbschaft an gerechnet, und nicht kürzere Zeit müsse das Recht des Erben und seines Erben dauern, sich über den Antritt der Erbschaft zu erklären. Wenn nun in unserm Falle der erste Erbe nur vom Richter sich die Deliberationsfrist erbeten, also nur neun Monate zu deliberiren hat, so müßte sein Erbe noch drei Monate ipso iure haben, oder ihm wenigstens

stens das Recht zustehn, sich noch eine dreimonatliche Frist zu erbitten [1]. Allein abgesehen davon, daß jetzt Justinian nur neun oder zwölf Monate als Deliberation zu geben verstattet, so haben wir bereits im Eingange es plausibel zu machen versucht, daß die c. 22. der c. 19. hinsichtlich der der Zeit, binnen welcher das Transmissionsrecht dem Erben zukomme, derogirt habe, so daß der zweite Erbe nur seinen Erblasser deshalb anklagen darf, daß er nicht bei dem Regenten um die jährige Deliberationsfrist nachgesucht, und so ihm eine längere Zeit zur Ueberlegung gelassen habe [2].

Dieselben Wirkungen, welche für den Deliberirenden sein die erbetene Deliberationsfrist hindurch fortgesetztes Stillschweigen mit sich führt, treten auch dann zum möglichen Vortheil für die Erbschaftsgläubiger und zu Gunsten der Legatarien ein, wenn der deliberirende erste oder zweite Erbe die Erbschaft anzunehmen ausdrücklich erklärt.

Wenn Derjenige, welcher um eine Deliberationsfrist nach-

---

1) Für Diejenigen, welche die erbetene Deliberationsfrist vom Tage der Bitte an laufen lassen, würde dieser Fall eintreten, wenn der Erbe gleich nach deferirter Erbschaft diese Bitte ausgesprochen hätte. Mag man nun aber dieser oder der obigen Ansicht folgen, so ist wenigstens die Meinung z. B. von Mackeldey a. a. O. §. 688. Nro. 2. sicher verwerflich, nach welcher, wenn die erbetene Deliberation über ein Jahr nach erfahrnem Erbschaftsanfalle dauert, eben so lange (also auch über ein Jahr) das Transmissionsrecht dauern solle.

2) A. M. ist Glück, welcher in der zweiten Ausgabe seiner Intestaterbfolge S. 94. sagt: die c. 22. hat also der c. 19. offenbar nur in Ansehung der Erbittung und Bedenkzeit, nicht aber in Ansehung des darin eingeführten Transmissionsrechtes derogirt. Dieser Ansicht ist auch Giphanius, welcher die Transmission auch bei einer neunmonatlichen Deliberationszeit noch immer zwölf Monate dauern läßt. Wenn aber, wie oben S. 388. ff. gezeigt ist, die Transmission nur unter der Voraussetzung der damals (zur Zeit der c. 19.) in der Regel auf ein Jahr erbetenen Deliberation während dieses Jahres Statt fand, so muß, wenn die Deliberation auf eine kürzere Zeit erbeten wird, auch mit dem Ablauf dieser kürzern Frist die Transmission erlöschen.

gesucht hat, im Laufe derselben die Erbschaft ausschlägt, so steht ihm dies zwar frei, führt aber, vorausgesetzt, daß er kein Inventar errichtet hat, folgenden Nachtheil für ihn herbei. Er muß Alles, was er von der Erbschaft in Händen hat, den zur Erbschaft Berechtigten [1]) herausgeben, wobei Diese, wenn Etwas fehlt, oder beschädigt ist, den Würderungseid [2]) ableisten können. Jedoch kann der Richter natürlich, wenn ihm die beschworne Summe zu hoch erscheint, dieselbe ermäßigen [3]).

Setzen wir nun den Fall, es ist Jemand zur Erbschaft gerufen, und

IV. er errichtet ein Inventar, und bittet um Deliberation, gleichviel ob er mit Errichtung des Inventars angefangen, und darauf um Deliberation gebeten hat, oder ob das Verhältniß ein umgekehrtes der Zeitfolge nach war, wenn nur das Inventar zur gesetzlichen Zeit angefangen ist [4]).

---

1) Es werden als solche in der c. 22. §. 14. die creditores, und die qui ad hereditatem vocantur genannt. In der Ausgabe von Beck, der Haloandern folgt, sind die Letztern mit dem Zusatz a legibus bezeichnet, wohl weniger richtig, als wie es in den meisten Ausgaben geschieht, wo die Präposition fehlt, und legibus zu den folgenden Worten gezogen wird. Es würden sonst testamentarische Miterben und Substituten ausgeschlossen seyn.

2) Marezoll im Archiv Bd. 8. S. 278. nennt diesen Eid einen Manifestationseid.

3) c. 22. §. 14. Quod si post deliberationem recusaverit, inventario minime conscripto, tunc res hereditarias creditoribus vel his, qui ad hereditatem vocantur, legibus (im §. 6. heißt es: secundum leges) reddere compelletur, quantitate earum sacramento res accipientium manifestanda, cum taxatione tamen a iudice statuenda.

4) Marezoll a. a. O. S. 274 nennt einen Jeden, der deliberirt, verpflichtet, auch ein Inventar zu errichten wegen der Worte im §. 14. necesse est enim omnimodo deliberantem inventarium cum omni subtilitate facere. Allein hierunter ist nur eine moralische Verpflichtung des Erben gegen sich selbst zu verstehn, da ihm selbst nur die unterlassene Inventur möglicher Weise Schaden bringen kann. — Wenn in Hofackers Principia §. 1456. steht: nec interest,

Hier kann nun ein vierfaches Verhältniß möglicher Weise Statt finden.

Der designirte Erbe tritt an [1]). Es erfolgt eine confusio bonorum heredis et defuncti; darum muß der Erbe auch mit seinem eigenen Vermögen den Gläubigern des Verstorbenen haften [2]). Hingegen ob er sich auf das beneficium legis Falcidiae gegen die Legatare berufen darf, oder ob er ihnen die Legate in solidum selbst mit Verlust seines eigenen Vermögens zahlen muß, hängt davon ab, ob er zu der Zeit, da er das Inventar unterschrieb, schon Erbe war [3]), oder nicht.

---

utrum ante tempus deliberandi an *post illud elapsum* hoc remedium (sc. beneficium inventarii) saluberrimum in usus suos convertunt, *quod usus illius per triginta annos duret*, so kommen die ausgezeichneten Worte sicher nicht aus Hofackers, sondern aus Gmelins Feder.

1) Der aditio steht hier, wie überall, die pro herede gestio gleich. Sciant omnes, heißt es in c. 22. §. 14, quod omnimodo post petitam deliberationem, si adierint, vel pro herede gesserint, vel non recusaverint hereditatem, omnibus in solidum hereditariis oneribus teneantur.

2) Balduinus de iure novo lib. III., in der Iurispr. Romana et Attica T. I. p. 1161.

3) c. 22. §. 2. subcriptionem tamen supponere heredem necesse est. Die Glosse dagegen ist der Meinung, das Inventar müsse beginnen binnen dreißig Tagen nach angefallener und angetretener Erbschaft wegen des §. 12. Sin vero postquam adierint, vel sese immiscuerint praesentes vel absentes inventarium facere distulerint et datum iam a nobis tempus ad inventarii confectionem effluxerit, tunc ex eo ipso, quod inventarium secundum formam praesentis contsitutionis non feccrint, et heredes esse omnimodo intelligantur, et debitis hereditariis in solidum teneantur, nec legis nostrae beneficio perfruantur, quam contemnendam esse censuerunt. In diesen Worten aber wird ja durchaus nicht ausdrücklich verlangt, daß der designirte Erbe erst antrete und dann die Inventur beginne, was auch Cuiacius zu unsrer Stelle bemerkt, indem er sagt: Aditio vel immixtio *plerumque* praecedit confectionem inventarii. Vielmehr finden wir nur Das im §. ausgesprochen, daß, wenn seit dem Antritt der Erbschaft soviel Zeit vergangen ist, als das Gesetz zur Vollendung

Hatte er damals schon die Erbschaft angenommen, so hat er die Wohlthat der **lex Falcidia**; trat er erst später an, so muß er die Vermächtnißnehmer allenfalls auch aus seinem eigenen Vermögen vollständig befriedigen 1).

Der designirte Erbe rekusirt im Laufe der Deliberationszeit die Erbschaft. An diesen Fall denkt Justinian nicht ausdrücklich. Wahrscheinlich wird hier aber zum Vortheil des Repudiirenden das zur gesetzlichen Zeit angefangene und vollendete Inventar, und im Falle des später oder gar nicht fertig gewordenen Inventars zum Vortheil der Empfänger ihr Eid den Werth der zur Erbschaft gehörigen und zu restituirenden Objekte bestimmen.

Der designirte Erbe läßt die Deliberationszeit ohne Er-

---

des Inventars vorgeschrieben hat, dann von den Vortheilen nicht weiter die Rede seyn kann, welche das Gesetz mit der Aufnahme des Inventars für den Erben verbindet. Ferner wird auch in c. 22. §. 2. nur gesagt: wenn der designirte Erbe ungewiß ist, ob die Antretung der Erbschaft für ihn zulässig sey, oder nicht, so möge er ja nicht um Deliberation bitten, sondern er möge dreist antreten. Aber durchaus müsse, wolle er sicher vor jedem Schaden seyn, ein Inventar innerhalb dreißig Tage beginnen, die von der Publikation des Testaments, oder von dem Tage, an welchem der designirte Erbe die Publikation des Testaments erfahren, oder seitdem er die Kunde bekommen, daß er ohne Testament zur Erbschaft gerufen, gerechnet werden müssen. Nur zur Zeit der Unterschrift muß bereits die Erklärung des Erben, daß er angetreten habe, abgegeben seyn, wenn er der Wohlthaten, welche dies Gesetz mit dem errichteten Inventar verbindet, theilhaftig seyn will. Da nun aber ein jedes Gesetz, welches eine Wohlthat gewährt, im vollsten Wortverstande erklärt werden muß, so müssen wir auch dem Erben, welcher sich den Vorschriften dieses Gesetzes unterwirft, so lange noch das Recht anzutreten verstatten, als es dies Gesetz nicht geradezu verbietet. Eine additio zur Glosse tadelt auch bereits die Ansicht der Glosse für den Fall, daß der Erbe die Antretung der Erbschaft schuldvoll verzögert habe. — Ganz zu verwerfen ist auch die häufige Behauptung z. B. von Mackeldey §. 689, daß der Erbe gleich bei der Antretung der Erbschaft erklären müsse, er trete **cum beneficio inventarii** an.

1) Novelle 1. Cap. 2. §. 2.

klärung verstreichen. In diesem Fall wird seine Antretung von den Gesetzen fingirt, und er haftet mit seinem ganzen Vermögen den Erbschaftscreditoren in solidum [2]). Haftet er aber auch den Legatarien in solidum? Man könnte nach der Analogie des eben genannten Falles, wenn der Erbe ausdrücklich antrat, behaupten wollen, die Wohlthat der lex Falcidia komme ihm nicht zu Gute, weil er zur Zeit der Unterschrift des Inventars noch nicht Erbe war. Aber dieser Grund ist hier unhaltbar. Denn wird der Verstorbene als Erbe fingirt, so gilt diese Fiktion nach der allgemeinen Regel der wirklichen Erbschaftsantretung [3]) vom Augenblick des Todes seines Erblassers an, so daß er bei der Unterschrift des Inventars auch bereits die fingirte Erbenqualität hatte. Ihm kommt daher, wenn er zur rechten Zeit das Inventar unterschrieb, die Wohlthat der lex Falcidia zu Gute.

Nehmen wir an, der designirte Erbe stirbt im Laufe der Deliberation. Sein Recht zu der Erbschaft geht auf seinen Erben über; jedoch können diese kein besseres Recht, als ihr Erblasser hatte, in Anspruch nehmen. Wenn gleich daher der Transmissar selbst um keine Deliberation gebeten hat, so trifft ihn doch der Nachtheil, welchen sein Erblasser durch diese Bitte auf sich geladen. Er haftet sowohl den Legatarien, als den Erbschaftsgläubigern in solidum, mag er ausdrücklich antreten, oder die öfters genannte neunmonatliche oder einjährige Frist ohne Erklärung verstreichen lassen. Dagegen steht es ihm innerhalb dieser Frist durchaus frei, ohne Gefahr die Erbschaft auszuschlagen.

Setzen wir nun ferner den Fall, daß Jemand zur Erbschaft gerufen ist, und daß er

V. die Erbschaft antritt, ohne zu deliberiren und ohne

---

2) c. 22. §. 14. Et si non intra datum tempus recusaverit hereditatem, omnibus in solidum debitis hereditariis teneatur.

3) Roßhirt Einleitung in das Erbrecht S. 17.

ein Inventar oder wenigstens ohne ein vorschriftmäßiges Inventar zu errichten; in diesem Falle haftet er den Erbschaftsgläubigern eben so in solidum [1]), als wie den Legatarien [2]), sollte auch das Vermögen des Verstorbenen zur Zahlung der Schulden und der Legate nicht ausreichen [3]).

Da aus dem Cap. 4. §. 2. der ersten Novelle hervorgeht, daß ihre Bestimmungen für alle Unterthanen des Reichs, namentlich auch für Militärpersonen gelten sollen, so ist dadurch die Vorschrift der c. 22. §. 15. [4]) aufgehoben [5]), wonach die Soldaten niemals mit ihrem eigenen Vermögen hafteten. Aber es ist dennoch noch nicht in allen Stücken eine Gleichstellung des Militärs mit den paganis durch die Novelle ausgesprochen, sondern diese läßt die Soldaten nur den Legatarien allein, nicht auch den Gläubigern des Erblassers [6]) mit ihrem eigenen Ver-

---

1) c. 22. §. 12. ex eo ipso, quod inventarium secundum formam praesentis constitutionis non fecerint, et heredes esse omnimodo intelligantur, et debitis hereditariis in solidum teneantur.

2) Azo in seiner Summa Codicis ad tit. de iure deliberandi.

3) Novella 1. cap. 2. §. 2. Quod si inventarium *eo quo diximus modo* non fecerit, Falcidiam non retinebit, sed legatariis et fideicommissariis satisfaciet, etsi legatorum praestatio modum purae substantiae defuncti excedat.

4) ut milites, etsi propter simplicitatem praesentis legis *subtilitatem* non observaverint, in tantum tamen teneantur, quantum in hereditate invenerint.

5) Die Glosse bemerkt zum eben angeführten §.: Tenet ergo Gordiana constitutio (deren Inhalt Justinian im pr. der c. 22. anführte, und im §. ult. bestätigte) etiam tempore huius legis, licet per auth. videatur correcta. Wening Lehrbuch V. 167. e, Walett Pandekten §. 1071. Note 20. und mehrere Aeltere, welche Walch Introd. in controv. iur. civ. Sect. II. cap. IV. membr. II. §. 68. anführt, haben diese Aenderung übersehn.

6) Den erbschaftlichen Creditoren haftet der Soldat nie bis über den Betrag der Erbmasse, (Brunnemann im Commentar zur c. 22.) weil Justinian nur die Erfüllung des ausdrücklichen Willens des Testators in Beziehung auf die Legatarien als die Tendenz der Novelle 1. in deren Cap. 1. §. 4. erklärt. Zimmern Grundriß des Erbrechts S.

mögen haften; und zwar nicht nur für den Fall, wenn sie gar kein Inventar errichtet haben [1]), sondern auch, wenn sie nur in den dabei vorgeschriebenen Subtilitäten Etwas versehn haben [2]).

Es fragt sich aber, wie lange steht dem berufenen Erben das Recht der simpeln Annahme der Erbschaft zu? Die Antwort lautet dahin: nur drei Monate lang vom Augenblick der erfahrnen Designation zum Erben. Hat der Erbe diese drei Monate unthätig zugebracht, so gilt die Erbschaft als ausgeschlagen [3]). Nach Justinians c. 22. können wir daher jeden Erben sub cretione perfecta gerufen ansehn. Da hier aber die für das cernere gewöhnliche Zeit von hundert Tagen [4]) um zehn Tage verkürzt ist, so kann man daraus den analogen Schluß ziehn, daß Justinian das bis dahin übliche Delibera-

---

73. Weil diese Entscheidung sicher inkonsequent ist, Fritz im Archiv Bd. 12. S. 232. Note 1, so erklärt es sich, daß consequente Denker (wie Balduin im Commentar zur Novelle 1.) die Wahrheit dieser Angaben zu bezweifeln suchen, oder (wie Hugo elfte Rechtsgeschichte S. 1002.) diese Frage über die Vorzüge des Militärs nicht ganz deutlich entschieden glauben, so daß wir Extreme in den Ansichten finden. Cujacius sagt in der Expositio Novellae 1: ommissio inventarii non obligat militem solido aeri alieno ita nec solidis legatis. Lauterbach dagegen, erklärt in seinen Disp. de inventario hered. §. 23. Nro. 19. die Soldaten ganz den Uebrigen gleichgestellt.

1) Schweppe das Römische Privatrecht §. 848.

2) Daß es keinen Unterschied begründet, ob Jemand kein Inventar errichtet, oder ob er eines, ohne die gesetzliche Form zu beobachten, macht, geht aus den citirten Worten in Novelle 1. eo, quo diximus modo, so wie aus den Worten in c. 22. §. 15. legis subtilitatem non observaverint hervor, welche letztere sicher auf den §. 14. inventarium cum omni subtilitate facere hindeuten.

3) S. unten S. 434. Note 2. die Worte der c. 22. §. 1. Placentinus, wie wir aus der Glosse zur c. 19. de iure deliberandi und aus Azonis Summa ad h. t. wissen, gab ein ganzes Jahr Zeit. Vergl. auch Hugolinus Dissensiones dominorum §. 289. in der Ausgabe von Gustav Hänel S. 455. ff.

4) Gaius lib. II. §. 170.

tionsjahr auch im Falle der Bitte um Deliberation eher habe verkürzen als verlängern wollen [1]).

Nur in dem Falle muß dem Erben ein halbes oder gar zuweilen ein ganzes Jahr vom Augenblick des Todes des Erblassers an gerechnet zur Erklärung eingeräumt werden, wenn die inofficiosi querela gegen das Testament, worin er eingesetzt ist, erwartet wird. Tritt er in dieser Zeit nicht an, so gilt er, als habe er angetreten, damit die Querel gegen ihn angestellt werden kann [2]).

Daß der Transmissar nie ein längeres Recht in Anspruch nehmen kann, als sein Erblasser, ist bereits am Schlusse des ersten Falles bemerkt.

Wenn Jemand geradezu augenblicklich nach angefallener Erbschaft angetreten hat, so steht es ihm noch immer frei, nachher innerhalb der zur Inventur vorgeschriebenen Zeit ein Inventar mit seinen gesetzlichen Folgen zu errichten, und sich dadurch in einen Benefizialerben umzuwandeln [3]).

Setzen wir endlich den Fall, Jemand sey zur Erbschaft gerufen, und

VI. er schlägt die Erbschaft aus. Kann er dies, abgesehn von dem eben berührten Falle der c. 36. §. 2. C. de inoff. test. 3, 28, wo ihm sechs oder gar zwölf Monate zustehn, nur innerhalb dreier Monate nach erfahrner Delation der Erbschaft thun? Hat er sich, was hier vorausgesetzt wird, vollkommen unthätig in Beziehung auf die Erbschaft benommen, d. h. weder um Deliberation gebeten, noch ein Inventar

1) S. oben S. 391. f. — Man könnte diese Bestimmung Justinians auch dahin ausdrücken, daß Justinian die im successorium edictum für die prätorischen Erben als Regel aufgestellte Frist von hundert Tagen (fr. 1. §. 8. §. 9. de success. edicto 38, 9.) auf alle Erben angewendet, und um zehn Tage verkürzt habe.

2) c. 36. §. 2. C. de inoff. test. 3, 28.

3) Dieser Ansicht ist nun einmal von Castrensis widersprochen worden, indem derselbe zwischen der aditio und der pro herede gestio unterscheidet, und nur im letztern Falle die Pönitenz des Erben verstattet. S. Siphanius a. a. O.

errichtet, so kann er unbestritten binnen dreier Monate seine Repudiation erklären. Jede spätere Erklärung über die Ablehnung ist aber nach unserer Ansicht unnütz, weil der designirte Erbe nach Ablauf von drei Monaten schon gesetzlich für einen solchen gilt, der repudiirt hat [1]).

Marezoll hält zwar auch eine Erklärung des Erben, nach drei Monaten seit erfahrner Erbschaft dahin abgegeben, daß er jetzt ausschlagen wolle, nicht mehr für zulässig; aber aus dem entgegengesetzten Grunde, weil nach seiner (im Archiv für civilistische Praxis Bd. 8. S. 271. ff. aufgestellten) Hypothese nach Ablauf der drei Monate der Unthätige, als habe er ohne Inventar angetreten, gilt. Er meint nemlich S. 270, vorausgesetzt werde im §. 1. der c. 22. [2]) ein Fall,

---

1) Westphal a. a. O. S. 187: „Aus den Worten intra trium mensium spatium (im §. 1.) haben Einige herleiten wollen, daß die Repudiation der Erbschaft binnen drei Monaten geschehen müsse. Es ist aber wider die deutliche Verordnung eben dieser Constitution §. 13, welche ein Jahr; und für den Richter 9 Monat Frist zur Ueberlegung nachläßt."

2) c. 22. §. 1. Cum igitur hereditas ad quendam sive ex testamento sive ab intestato sit delata, sive ex asse, sive ex parte: si quidem recta via adire maluerit hereditatem, et spe certissima hoc fecerit (d. h. hereditatem adierit) vel sese immiscuerit, ut non postea eam repudiet (Diese Worte sind wohl zuerst von Marezoll a. a. O. 8, 269. dahin richtig verstanden, daß der Erbe nur dann auf das Recht der in integrum restitutio gegen den Antritt der Erbschaft aus irgend einem gesetzlichen Grunde rechnen kann, wenn er ein Inventar errichtet hat): nullo indiget inventario, cum omnibus creditoribus suppositus sit, utpote hereditate ei ex sua voluntate infixa. (Diese Worte mögen allerdings, wie Marezoll a. a. O. annimmt, darauf hindeuten, „daß unter Umständen auch ohne seine voluntas bei dem Berufenen die Erbschaft hangen bleibt." Solches geschieht jedoch nur nach Vorschrift des §. 14; und daß man sie auch anders deuten kann und muß, zeigt Siphanius a. a. O. zu diesem §.). Similique modo, si non titubante animo respuendam vel abstinendam esse crediderit hereditatem, et apertissime intra trium mensium spatium, ex quo ei cognitum fuerit, scriptum se esse vel vocatum heredem, ei renuntiet nullo nec inventario faciendo, nec alio circuitu exspectando: sit alienus

„wo der berufene Erbe noch zweifelhaft ist, ob er die Erbschaft haben will oder nicht." Aber diese Voraussetzung ist wohl unrichtig, da der §. 1. gerade von einem Erben spricht der animo non titubante [1]) ist, und der folgende Paragraph erst von einem dubius handelt, wie dies Marezoll selbst S. 277. bemerkt. Er setzt ferner S. 271. der gemeinen Ansicht [2]) folgendes Räsonnement entgegen. Es würde zu einem Widerspruche führen, wenn das nicht Beobachten der gesetzlichen Frist von drei Monaten zu demselben Resultate führen sollte, wie das genaue Innehalten derselben. Nach unserer Ansicht wird aber ein solch' gleiches Resultat nicht herbeigeführt. Denn innerhalb der drei Monate hat der berufene Erbe noch die Wahl, noch die Wohl anzutreten oder auszuschlagen; nach Ablauf derselben ist ihm jede Wahl entzogen, er kann weder antreten noch ausschlagen, die hereditas gilt jetzt als omissa, wenn er weder ein Inventar errichtet, noch um Deliberation nachgesucht hat. Justinian will im ersten §. die einzigen beiden Fälle nennen, wo es keines Inventars bedarf, und diese sind nach den ersten Worten des §. der augenblickliche unverzagte Antritt [3]), nach den folgenden Wor-

---

ab huiusmodi hereditate, sive onerosa, sive lucrosa sit. Vergl. oben S. 396. ff.

1) Marezoll hätte sich zur Vertheidigung seiner Voraussetzung auf die bereits von Joh. Leunclavius Notatorum lib. II. nota 199. (in Otto Thesaurus T. III. p. 1547.) gemachte Bemerkung berufen können, wornach in den Basiliken lib. 35. tit. 18. die Negation in der Uebersetzung dieser Worte (non titubante animo) mit σκαζούσῃ διανοίᾳ ausgelassen ist. Lesen wir aber etwas weiter im Text der Basiliken bis zu den Worten: εἰ δὲ ἀμφίβολος ἐστὶ (sin autem dubius est) etc.; so ist wohl höchst wahrscheinlich, daß in dieser Basilikenstelle Statt εἰ μὲν σκαζούσῃ διανοίᾳ zu lesen ist: εἰ μὴ σκαζούσῃ διανοίᾳ.

2) Denn die gemeine Ansicht übersieht die Worte intra trium mensium spatium gänzlich.

3) Wiewohl hier der Erbe für seine Dreistigkeit doch wohl durch eine unvermuthete Insolvenz der Erbschaft bestraft werden könnte.

ten die entschieden deutlich ausgesprochene (oder fingirte) Repudiation der Erbschaft. Durch unsere Annahme wird auch Justinian von dem Vorwurfe gerettet, als habe er den Fall der omissio übersehn, während ihm Marezoll diesen Vorwurf machen muß. Denn Justinian sagt ausdrücklich im §. 15. seiner Verordnung, daß sie omnes casus umfasse, während wir nun dies omnes, excepto uno [1]), verstehn, muß Marezoll hier zwei Ausnahmen statuiren, sich also noch weiter von dem Sinne und der Absicht Justinians entfernen.

Eustathius, den Marezoll S. 271, 272. für seine Ansicht anführt, spricht zwar offenbar gegen die gewöhnliche Meinung, aber eben so unbestimmt für die hier aufgestellte Ansicht, als für die von Marezoll. Er sagt nemlich, der berufene [2]) volljährige [3]) Erbe kann nur innerhalb dreier Monate, seitdem ihm Kunde von der Erbschaft ward, derselben entsagen, und sich dadurch von allen Ansprüchen der Erbschaftscreditoren befreien. Worauf beruht diese Entscheidung? Marezoll meint, auf dem Grunde, weil nach drei Monaten der Berufene ipso iure als Erbe gelte, nach unserer Ansicht, weil nach drei Monaten der Berufene ipso iure schon von der Erbschaft ausgeschlossen ist [4]). Uebrigens

1) S. oben S. 409. a. E. ff.

2) Eustathius, oder wie der Verf. der griechischen Schrift über die Zeitabschnitte sonst heißen mag, (Vergl. Zachariäs Ausgabe derselben, Heidelberg 1836 S. 66.) nennt nur den durch Testament, als durch die regelmäßige Erbform, gerufenen Erben.

3) Vom Minderjährigen bemerkt Eustathius, daß derselbe ohne Zeitbeschränkung zurücktreten könne einem errichteten Inventar gemäß (Vergl. Zachariä a. a. O. S. 151. ὁ γὰρ ἐλάττων ἀδιαστίκτως κατὰ γράμμα [diese beiden Worte stehn nur in einer einzigen Handschrift] παραιτεῖται καὶ μετὰ ἔμμιξιν) selbst nach geschehener Uebernahme der Erbschaft. Vergl. oben S. 434. Note 2. Zachariä hat nicht gewagt, die Worte κατὰ γράμμα in die lateinische Uebersetzung des Textes aufzunehmen; in der Note giebt er die Schlußworte wieder: discedere potest sive inventario confecto sive post immixtionem.

4) Schon Cujacius in seiner Ausgabe des Eustathius bemerkt, daß der-

aber ist nach unsern jetzigen Kenntnissen über Eusthathius auf diesen uns erhaltenen Auszug aus einer größeren Schrift gleichen Inhalts wohl wenig zu geben [1]).

Mehr scheint auf den ersten Anblick für Marezoll's Ansicht zu sprechen, daß es im neuesten Römischen Rechte Prinzip geworden zu seyn scheint, wie Marezoll S. 272. behauptet, daß derjenige, welcher sich über die Antretung oder Ausschlagung einer Erbschaft innerhalb einer bestimmten gesetzlichen Frist erklären soll, nunmehr zur Antretung genöthigt oder auch wohl ohne weiteres als Antretender behandelt wird, wenn er die Frist ohne eine Erklärung verstreichen läßt; so in der c. 36. §. 2. C. 3, 28, so im §. 14. unserer c. 22. Aehnlich klingt die Behauptung einiger Neuern [2]), daß im Justinianeischen Rechte eine Neigung zur graduum und ordinum successio sich zeige, und daß man daher derselben ein so bedeutendes Gewicht einräumen müsse, daß sie überall dem ius accrescendi vorgehe. Jedoch ebenso wenig, wie wir diesem Räsonnement allgemein beitreten können, sondern einen solchen Vorrang der ordinum und graduum successio vor dem Anwachsungsrechte nur in den beiden Fällen anerkennen, in welchen wir uns auf ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen berufen können [3]), so müssen wir auch hinsichtlich der Wirkung

---

selbe von der gewöhnlichen Ansicht abweiche. Der Vorwurf aber, daß Eustathius die auf die Inventur bezüglichen Worte auf die Ausschlagung der Erbschaft bezogen und somit übersehn habe, trifft ihn nicht, da er im folgenden §. die dreimonatliche Zeit der Inventur hervorhebt.

1) Man vergl. namentlich den in einer Pariser Handschrift enthaltenen viel vollständigern Anfang der Schrift (bei Zachariä S. 21 — 30.) mit den gewöhnlichen Handschriften. (Ebenda S. 115 — 123.)

2) Francke Beiträge erste Abtheilung S. 167. ff.; Mayer das Recht der Anwachsung S. 255. ff.

3) Das ius accrescendi setzt voraus, daß von mehreren gleichberechtigten zusammenberufenen Erben nur einzelne wegfallen, und die übrig bleibenden ihnen ihre ohnehin zukommende Erbportion durch den Erwerb der vacans portio der Weggefallenen vergrößern. Die ordinum und

des Zeitablaufs auf Antritt oder Ausschlagung der Erbschaft regelmäßig, wie es das alte Recht verlangte, die Ausschlagung der Erbschaft annehmen, und nur da den Antritt fingiren, wo die Gesetze es ausdrücklich vorschreiben; zumal da jenes Prinzip, wie es Marezoll aufstellt, gar nicht so allgemein von Justinian selbst anerkannt ist [1]). Jedoch würden wir die Regel: correctorische Gesetze müssen so erklärt werden, daß

graduum successio setzt voraus, daß alle gleichberechtigte zusammenberufene Erben wegfallen, um die nächstfolgenden eintreten zu lassen. Hiernach muß, so lange die Voraussetzungen des ius accrescendi vorhanden sind, die graduum successio ausgeschlossen bleiben. Diese Regel erleidet nur zwei scheinbare Ausnahmen. 1) Nach dem Pandektenrechte, nach dem jetzt vielbesprochenen fr. 2. §. 18. D. ad SCtum Tertullianum 38, 16. Wenn der Nächstfolgende (der pater in diesem Falle) blos durch die Weggefallenen (die consanguinea) ausgeschlossen war, so daß, wären diese (die consanguinea) nicht im Wege gewesen, Jener (der pater) vor den Uebrigbleibenden (der mater) succedirt hätte, so tritt für die Letztern (die mater) nicht das ius accrescendi ein, sondern es kommt der Nächstfolgende (der pater) mit Ausschluß der Uebrigbleibenden (der mater) zur Erbfolge, und zwar so, daß eine ganz neue Delation eintritt. 2) Nach dem Novellenrechte, nach Nov. 127. verbunden mit Nov. 118. Wenn gewisse Personen (fratrum germanorum s. sororum filii filiaeque) blos durch die Weggefallenen (fratres et sorores) neben Andern (ascendentes) zugelassen waren, so daß, wären diese (fratres) gleich gar nicht vorhanden gewesen, jene (fratrum filii) durch die nunmehr übrig Bleibenden (ascendentes) allein ausgeschlossen wären, so tritt für jene Personen (fratrum filii) nicht das ius accrescendi ein, sondern es findet eine ganz neue Delation Statt, wodurch jene Personen (fratrum filii) von den übrig Bleibenden (den ascendentes) bei der Ausübung des ius accrescendi ausgeschlossen werden. Diese Ausnahmen sind jedoch nur scheinbar. Denn in beiden Fällen sind die Ausgeschlossenen durchaus nicht gleichberechtigt mit den übrigen, sie sind gar nicht principaliter an dieser Stelle gerufen, sondern nur als Accessionen neben Andern, mit deren Wegfallen auch ihr accessorisches Recht aufhören muß.

1) Im Jahre 532 hat Justinian in c. 6. C. de repud. vel 6, 31 die Unthätigkeit des suus, der zuerst recusirt hat, später aber antreten will, nach dem Ablaufe von drei Jahren mit dem gänzlichen Verlust der Erbschaft bestraft, während früher ihm in infinitum anzutreten frei stand.

sie so wenig als möglich vom bisherigen Rechte sich entfernen — gar nicht dieser Ansicht von Marezoll, der übrigens auch Mühlenbruch [1]) beigetreten ist, entgegenstellen können, wenn die Meinung von Unterholzner [2]) begründet wäre: die Frist zur Ueberlegung sey von jeher mit dem Bedrohen ertheilt, „es werde im Falle einer noch längern Zögerung angenommen werden, er habe sich so entschieden, wie es der Vortheil derjenigen erheischt, welche die Ansetzung der Frist veranlaßt haben." Denn wie sollte, wäre diese Meinung begründet, entschieden werden, wenn keine dritte Personen auf die Frist angetragen haben, sondern der designirte Erbe selbst darum gebeten? Aber weder der Prätor noch Justinian hatten bei den hierhin einschlagenden Vorschriften den Vortheil der Erben oder der Erbschaftsgläubiger direkt im Auge, sondern ihre Absicht war mehr darauf gerichtet, auf alle Weise dem Erblasser einen Repräsentanten zu verschaffen, der auch, da in der Regel jeder Erblasser bei den Römern mit Hinterlassung eines letzten Willens starb, die in demselben enthaltenen Dispositionen erfüllte. Die Aufrechthaltung dieses letzten Willens war von den zwölf Tafeln bis auf Justinian das Bestreben Aller, welche Recht begründeten [3]). Aus diesem Streben erklärt sich die Bestimmung des Prätors in den Fristen des successorium edictum, daß so rasch wie nur möglich jeder Klasse von Erben deferirt würde, damit in einer derselben sich doch ein Erbe finde; daraus erklärt sich, daß jeder Interessent dem zunächst designirten Erben eine Deliberationsfrist aufdringen konnte, damit die Erbschaft

---

1) Pandekten §. 695. Nr. 1.

2) Allgemeine Verjährungslehre Bd. 2. S. 49.

3) Die zwölf Tafeln stellten in einem bekannten Satze die Regel auf, der Testator dürfe Alles verordnen, Was er nur wolle; Justinian aber sorgt dafür, daß, wenn gleich jetzt nicht mehr der Testator Alles verordnen durfte, Was er wollte, Alles, Was er verordnen durfte, und wirklich verordnet hatte, auch erfüllt würde.

nicht zu lange ohne Erben blieb; aus demselben Streben erklärt sich auch, daß Justinian im Falle der ohne Erklärung abgelaufenen Deliberationsfrist den Zwang zur Annahme verfügte. Daß aber schon vor Justinians c. 22. ein solcher Zwang zur Annahme in dem Falle geherrscht habe, wenn Creditoren auf die Erklärung des Erben drangen, möchte wohl Unterholzner unmöglich beweisen können. Im Gegentheil galt bis dahin wohl ohne Ausnahme [1]) die Regel, daß, wer nicht ipso iure Erbe ward, wie der suus, nur durch seinen entschieden erklärten Willen für die Antretung Erbe werden durfte [2]). Zwar galt auch stets ein vermutheter Wille bei der pro herede gestio; aber ein fingirter Wille, die Erbschaft anzutreten, ist erst durch Justinian in c. 22. geschaffen. Wenn aber diese Bestimmung nur für den im §. 14. ausgesprochenen Fall verordnet wird, so muß für den im §. 1. hervorgehobenen Fall es bei dem bisherigen Rechte bleiben, daß nach Ablauf der hier vom Gesetz aufgestellten Frist der designirte Erbe, als habe er nicht angetreten, gelte.

Marezoll hält endlich S. 276. die nächsten drei Monate nach dem erfahrnen Erbschaftsanfalle für ein von selbst eintretendes gesetzliches spatium deliberandi, und will deshalb die Wirkungen, welche die erbetene Deliberationsfrist mit sich führt, auch bei dieser gesetzlichen Deliberation eintreten lassen, also namentlich, daß, wenn diese Erklärung des Berufenen ablaufe, dieser als Erbe gelte. Vergleichen wir aber die Rechtsverhältnisse, welche die erbetene Deliberation mit sich führt, mit denen, welche diese drei Monate begründen, so zeigt sich darin gar keine Gleichheit. Denn die erbetene

---

1) Denn daß nach fr. 71. D. ad SCtum Treb. 36, 1. der Fiduziar gezwungen werden kann, auf die Gefahr des fideicommissarius heres anzutreten, kann nicht als Ausnahme gelten.

2) Daraus erklärt sich ja auch nur der Name voluntarius heres §. 5. §. 7. J. de hered. qual. 2, 19; vergl. noch c. 16. C. de iure delib. 6, 30. und Schweppe Röm. Privatrecht §. 840.

Deliberation diente gerade zu dem Zwecke, während ihrer Dauer den Deliberirenden von der Belästigung durch die Erbschaftsgläubiger, Legatarien, Miterben oder Substituten zu befreien. Allein daß in diesen dreien Monaten den genannten Interessenten untersagt gewesen, den designirten Erben zur Erklärung zu drängen, ist nicht der Fall, sondern nur alsdann war der designirte Erbe von dieser Belästigung in den genannten drei Monaten frei, wenn sie der Designirte zur Errichtung eines Inventars benutzte. Eben so steht nur durch Vermittelung des Prätors frei — also nach erbetener Deliberation — die Rechnungsbücher des Verstorbenen einzusehen [1], oder Sachen, welche der Erbmasse schädlich sind, zu veräußern [2]. Daß dergleichen Befugnisse ipso iure innerhalb der ersten drei Monate dem berufenen Erben zugestanden haben, ist nirgends gesagt; also möchte wohl ein analoger Schluß von den Wirkungen der erbetenen Deliberation auf diese Zeit von drei Monaten, welche Marezoll die gesetzliche Deliberationszeit nennt, durch Nichts gerechtfertigt erscheinen.

Sind in dem Bisherigen vollständig die Gründe für die Ansicht Marezolls zurückgewiesen, und wird noch darauf aufmerksam gemacht, als den wichtigsten Grund gegen Marezolls Ansicht, daß es nemlich nach ihr gar keine omissio, sondern nur eine repudiatio hereditatis noch gibt, so ist damit unsere Ansicht gerechtfertigt. Denn mit Recht erklärt sich Marezoll S. 271. dahin, man könne nur bei der Erklärung des §. 1. eine der beiden Alternativen wählen, entweder der Berufene gelte als Einer, der ausgeschlagen hat, oder er wird behandelt, wie Einer, der ohne Inventar angetreten hat. Da nun die zweite Alternative, welche Marezoll vorzieht, von ihm genügend erwiesen ist, so muß die erste hier vertheidigte gelten.

1) fr. 5. pr. de iure deliberandi 28, 8.

2) fr. 5. §. D. eod.

Fassen wir nun kurz das Hauptresultat der bisherigen Untersuchung zusammen, so möchte es folgendes seyn. Binnen neunzig Tagen nach erfahrnem Erbschaftsanfalle muß der Erbe angetreten haben, oder er gilt, als habe er die Erbschaft ausgeschlagen; es müßte denn in dieser Zeit eine Deliberation nachgesucht seyn, (gleichviel ob er ein Inventar zugleich aufgenommen oder nicht,) in welchem Falle sein noch sechs oder neun Monate länger fortgesetztes Schweigen, als habe er angetreten, ausgelegt wird. Hat er endlich ein gesetzmäßiges Inventar aufgenommen, ohne um Deliberation zu bitten, so gilt erst nach dreißig Jahren die hereditas als omissa [1]. Die Transmission findet darnach Statt im Falle, daß weder ein Inventar errichtet, noch Deliberation nachgesucht war, nur wenn derselbe ohne ausgeschlagen zu haben binnen drei Monaten nach erfahrnem Erbschaftsanfalle starb, bis zum Ablaufe dieser drei Monate [2]; wenn Deliberation nachgesucht ist, bis zum Ablaufe dieser; und wenn nur ein Inventar errichtet war, ein Jahr lang vom Augenblick des erfahrnen Erbschafftsanfalles.

Wir haben bisher den Fall noch gar nicht beachtet, daß ein vom Erblasser ernannter Substitut neben dem eingesetzten Erben vorhanden ist. Ein solcher Substitut kann nun in zwei Fällen mit seinen Ansprüchen auftreten, einmal wenn der eingesetzte Erbe vor der Antretung stirbt, sodann, wenn der eingesetzte Erbe um Deliberation gebeten hat, und die dazu erhaltene Frist ohne Erklärung hat verstreichen lassen. Beide Fälle erfordern eine gesonderte Darstellung.

Im ersten Falle müssen wir wieder unterscheiden:

A. Es ist der Erbe des Erben da, welcher auf Trans-

1) Denn in dieser Zeit ist die hereditatis petitio verjährt. Unterholzner a. a. O. §. 167.

2) Denn es ist zur Genüge von Thibaut hervorgehoben, daß der Transmissar gerade das Recht seines Transmittenten erwerbe, aber natürlich nicht mehr Rechte, als er selbst hatte.

mission ein Recht hat, und dieses Recht geltend machen will. Wer geht vor, der Transmissar oder der Substitut? Nach den vortrefflichen Ausführungen von Duaren [1]) und Thibaut [2]) kann kein erheblicher Zweifel darüber mehr vorhanden seyn, daß der Transmissar vorgehe, zumal da direkt c. un. §. 13. C. de cad. toll. 6, 51. entschieden zu seinen Gunsten sich ausspricht, und in der allgemeinen Formel, welche gewöhnlich zur Berufung des Substituten gebraucht wird: si heres institutus non erit, der Sinn enthalten ist, si neque ipse heres erit, neque alium fecerit [3]), wo unter dem alius sicher auch der Transmissar verstanden werden kann.

B. Ist kein Erbe des Erben da, welcher auf Transmission Anspruch macht, oder ist zwar ein solcher vorhanden, dessen Anspruch jedoch wegen bereits vollendeten Ablaufs der Transmissionszeit zu verwerfen ist, so kann ebenfalls kein Zweifel übrig bleiben, daß in diesem Falle der Substitut zur Antretung berechtigt ist.

Eben so wie für den ersten Fall bei vorkommendem Streite zwischen dem Transmissar und dem Substituten sich seit Thibaut eine gemeine Meinung gebildet hat, eben so besteht, und zwar noch länger, eine gemeine Meinung für den zweiten Fall, wie es zu halten sey, wenn der deliberirende Erbe die Zeit der Deliberation ohne Erklärung hat verstreichen lassen. Während wir nun aber im ersten Falle der jetzt gewöhnlichen Meinung treu geblieben sind, können wir in diesem zweiten Falle uns nicht als Anhänger derselben bewähren. Hier spricht sich nemlich die allgemeine Meinung einstimmig [4])

1) Im Commentar zu dem Digestentitel de vulg. et pup. subst. c. 10.

2) Versuche Bd. 2. Nro. 7.

3) fr. 40. de her. inst. 28, 5.

4) Von Wening-Ingenheim wird zwar Donell Comm. iur. civ. lib. 7. c. 3. §. 26. als Dissentient angeführt; aber mit Unrecht, weil er an diesen Fall gar nicht speziell denkt. Man vergl. auch s. Comm. abs. C. lib. 6. tit. 30. l. ult. §. 19.

Bestimmungen erlassen, welche das Beste des Substituten bezwecken. Er schreibt nemlich in Novelle 1. Cap. 1. §. 3. allgemein vor [1]), daß wenn irgend ein Erbe in der Erfüllung der letztwilligen Auflagen zögert, und zwar ein Jahr lang, nachdem ihre Entrichtung bereits durch den Richter ihm aufgetragen war [2]), er seines Erbrechts verlustig gehen soll, und zwar vorzugsweise zu Gunsten der Substituten, wenn diese die Erbschaft annehmen, und jene letztwillige Auflagen erfüllen wollen [3]).

Mehr jedoch als dies subsidiäre Recht der Erbschaftsantretung für den Fall des fortdauernden Ungehorsams des ersten Erben können wir dem Substituten nicht zugestehen. Nur das läßt sich noch behaupten [4]), daß es jetzt noch immer in der Macht des Substituten steht, seine Lage besser einzurichten, als wahrscheinlich die seines Vorgängers war. Denn da jetzt erst die Nachricht ihm wird, daß eine Erbschaft ihm angefallen ist, so kann er ja der Wohlthaten des Inventars, welche der Erbe wahrscheinlich nicht hatte, noch theilhaftig werden [5]). Ob es aber diesem Substituten noch frei stehe, eine Deliberation sich zu erbitten, während welcher, bis zu der Erklärung, daß der

---

1) Francke Beiträge. Erste Abtheilung S. 152.

2) Dies Jahr muß wohl nach Novelle 1. Cap. 4. pr. von dem Augenblicke der Insinuation der richterlichen Mahnung gerechnet werden. Cujacius in der Expositio novellae 1.

3) Balduin im Commentar zu dieser Novelle (Jurispr. Rom. et Attica T. I. p. 1204.) und Cujacius a. a. O. bemerken ausdrücklich, da durch den Antritt der Erbschaft die Substitution erloschen war, so konnte der Substitut jetzt nicht mehr iure substitutionis, sondern nur beneficio huius constitutionis zum Genuß der Erbschaft gelangen.

4) Mag die Erbschaft unzweifelhafte oder zweifelhafte Vortheile gewähren; denn ist sie offenbar nachtheilig, so wird der Substitut sicher die ihm angebotene Erbschaft ausschlagen.

5) Lauterbach Diss. de inventario hereditatis §. IX. Nro. 1. Huber Praelectiones in lib. 28. Pandectarum tit. 8. §. 3.

Substitut Erbe seyn wolle, der primus heres noch immer als Erbe gelte und durch Erfüllung aller letztwilliger Auflagen noch sich im bleibenden Besitze der Erbschaft erhalten könne, möchte als höchst zweifelhaft erscheinen. Dagegen bestimmt unrichtig ist die Ansicht [1]), daß, bevor der Zwang des eingesetzten Erben zum Antritt der Erbschaft eintrete, der Substitut erst gefragt, und ihm Deliberation gegeben werden müsse. Da auch diese, so wie die allgemeine Ansicht, daß im Falle ein Substitut die Bitte um Deliberation veranlaßt hat, das unthätige Verharren des Erben während der Zeit der Deliberation als Ausschlagung der Erbschaft zu Gunsten des Substituten gelte, wie bereits [2]) bemerkt ist, sich auf fr. 69. de A. vel O. H. 29, 2. stützt, so möge dies Fragment hier nun kurz erörtert werden [3]). Wenden wir den ersten Satz dieses Fragments auf unsere c. an, so können wir ihn so wiedergeben. Drei Monate lang — denn so lange kann der berufene Erbe stets antreten — darf der Substitut nicht mit einem Gesuche um Deliberation oder agnitio bonorum possessionis gehört werden, oder mit dem simplen Antritt der Erbschaft oder der pro herede gestio auftreten. Sind aber die drei Monate in voller Unthätigkeit des primus heres vergangen, so ist jetzt die Erbfolge dem Substituten eröffnet. Daß, wie es im Verfolge der Stelle heißt, der Prätor dem primus heres nach

1) Perez Comm. ad Cod. lib. 6. tit. 30. §. 5.

2) S. oben S. 445. Note 1.

3) Die Worte lauten so: Ulpianus libro LX. ad Edictum. Quamdiu institutus admitti potest, substituto locus non est: nec ante succedere potest, quam excluso herede instituto. Eveniet igitur, ut necessarium sit remedium Praetoris et circa denegandas primo actiones, et circa praestituendum tempus substituto: quia intra diem primo praestitutum neque adire hereditatem potest, neque pro herede gerere. Is autem qui tertio gradu scriptus est, si primo deliberante secundus decedat, ipse potest succedere. Ergo exspectamus in singulis, ut prius eis deferatur hereditas: tunc deinde, posteaquam delata est, exspectamus diem praestitutum: intra quem diem nisi aut adeat, aut pro herede gerat, denegamus ei actiones.

Ablauf jener Zeit die Klagen verweigert, ist seit c. 22. nicht einmal mehr nöthig, da schon ipso iure ihm jede Erbschaftsklage nach Ablauf jener Zeit entzogen ist. Eine Frist dem Substituten zu bestellen, wird hier von Ulpian nur darum gefordert, weil in dem Falle, den er hier vor Augen hat, noch ein substitutus substituti vorhanden ist. Stirbt während der Deliberation des primus heres der erste Substitut, so rückt nun der zweite Substitut an dessen Stelle. Daher ist, wenn Erben mehrerer Grade da sind, abzuwarten, bis den Erben der ersten Grade deferirt ist, und bis die Frist, die ihnen zur Erklärung gesetzt war, abgelaufen ist. Dann erst kommt der folgende Grad heran, wenn nicht in dieser Frist Jener angetreten oder sich pro herede betragen hat. Diese letzten Worte des Fragments: intra quem diem nisi aut adeat, aut pro herede gerat, denegamus ei actiones, sind nun eben im Widerspruche mit der neuen Bestimmung Justinians in c. 22. §. 14, wo es im Gegentheil heißt: intra quem diem, nisi recusaverit, damus ei actiones. Aber in dem unter Nro. II. aufgestellten Falle [1], im Falle des von dem berufenen Erben zur rechten Zeit errichteten Inventars, muß der hier im fr. 69. vorausgesetzte Fall noch ebenso nach c. 22. entschieden werden, als er von Ulpian entschieden ist; so daß fr. 69., ehemals die Regel, jetzt zu einer Ausnahme geworden ist.

Endlich verdient eine Berücksichtigung der Fall, wenn gleichzeitig neben einander mehrere Erben vom Testator oder durch das Gesetz berufen sind. Daß dergleichen Miterben durch ausdrückliche Antretung des berufenen Erben, seines Transmissars, ja auch seines Substituten ausgeschlossen werden, folgt schon aus allgemeinen Prinzipien. Nur die Frage könnte zweifelhaft erscheinen, ob in dem Falle, wenn Einer der mehreren gleichzeitig berufenen Erben (oder dessen Erbe) die erbetene Deliberationsfrist ohne Erklärung hat verstreichen

1) S. oben S. 402. ff.

lassen, die gesetzliche Präsumtion des §. 14 eintrete, so daß Jener als Erbe betrachtet wird, oder ob die Miterben, welche angetreten haben, jene Portion iure accrescendi an sich ziehen dürfen. Ungeachtet Justinian an den Fall einer Mehrheit gleichzeitiger Erben in seiner c. 22. gedacht hat [1], so hat er doch für diesen speziellen Fall keine ausdrückliche Bestimmung erlassen. Wir können daher hier, nur wie im vorigen Falle bei den Substituten, entscheiden, daß das ius accrescendi so lange ausgeschlossen bleiben muß, bis der Erbe, welcher zum Antritt gezwungen ist, oder freiwillig angetreten hat, seine Obliegenheiten als Erbe nicht erfüllt, so daß es darüber zur Beschwerde bei der Obrigkeit gekommen ist, und der Erbe seit der obrigkeitlichen Mahnung doch noch ein Jahr dahin schleichen läßt, ohne seiner Obliegenheit nachzukommen. Fehlt es in diesem Falle an Substituten, welche den gesetzlichen Bestimmungen nachkommen wollen [2], so wird seine Erbschaft jetzt zunächst den Miterben [3], welche angetreten haben, angeboten. Da in diesem Falle keine neue Antretung mehr möglich ist, so kann auch der Miterbe dadurch die ihm anwachsende Last sich nicht erleichtern, daß er sie etwa cum beneficio inventarii antreten wollte, sondern er muß, hatte er selbst oder sein ausgefallener Miterbe kein Inventar errichtet, alle Verbindlichkeiten in demselben Umfange leisten, wie der jetzt zurückgewiesene Miterbe, welcher zum Antritt gezwungen war [1].

---

1) Im §. 1. gedenkt Justinian dieses Falles mit den Worten sive ex asse sive ex parte, und im §. 14. kann man die Worte qui ad hereditatem vocantur ganz ungezwungen auch auf Miterben ex testamento oder ab intestato beziehn.

2) Novelle 1. Cap. 1. §. 1. Cujacius in der Expositio dieser Novelle: Deficiente substituto vocantur coheredes, qui adierunt.

3) Die coniuncti gehn den separatis vor. Balduinus im Comm. zur Novelle 1.

3) Hat nur Einer von mehreren Erben ein Inventar errichtet, so kommt die Wohlthat des errichteten Inventars nur diesem, nicht den übrigen Miterben zu Gute. Vergl. Huber Praelectiones in Dig. lib. 28. tit. 8.

Sach-Register zum zehnten Band.

(Die Ziffern weisen auf die Seitenzahl hin.)

Gießen, gedruckt bei Carl Lichtenberger.

